

CRÓNICA SOBRE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS (ENERO - DICIEMBRE 2012)

Coordinador: Francisco José Pascual Vives¹
Redactores: Björn Arp²; Fernando Lozano Contreras³;
Millán Requena Casanova⁴; y José Ángel Rueda García⁵

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO. III. LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DEL ESTADO RECEPTOR DE LA INVERSIÓN. IV. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y OTROS SECTORES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. V. LA REVISIÓN Y LA ANULACIÓN DE LAS DECISIONES ARBITRALES. VI. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN⁶

La “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras” (“Crónica”) examina doce decisiones dictadas por una serie de órganos arbitrales constituidos conforme al sistema institucional del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE) y la Corte Permanente de Arbitraje (CPA). Todas estas decisiones dadas a conocer durante el año 2012, como se advirtió en nuestra primera crónica publicada en el vigésimo volumen de la *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, se han seleccionando atendiendo a su interés para la práctica española en el Derecho internacional (DI) económico.

En primer lugar, se analiza el caso *ICS Inspection and Control Services Limited c. Argentina* (Caso CPA/CNUDMI nº 2010-09). La controversia se dirimió al calor del Acuerdo para la promoción y protección de las inversiones (APPRI) celebrado entre el Reino Unido y Argentina (firmado el 11-12-1990), conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

¹ Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alcalá (f.pascualvives@uah.es). Redacta los epígrafes I y VI. La doctoranda Laura Esperanza Aragonés Molina (Área de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alcalá) ha colaborado en la redacción del epígrafe I.

² Doctor en Derecho y Abogado (bjorn.arp@uah.es). Redacta el epígrafe IV.

³ Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alcalá (jfernando.lozano@uah.es). Redacta el epígrafe III.

⁴ Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alicante (millan.requena@ua.es). Redacta el epígrafe II.

⁵ Doctor en Derecho y Abogado-consultor (jangel.rueda@icam.es). Redacta los epígrafes V y VI.

⁶ Epígrafe elaborado por el Prof. Dr. Francisco José Pascual Vives, con la colaboración de la doctoranda Laura Esperanza Aragonés Molina.

Internacional (CNUDMI). En su decisión sobre jurisdicción de 10-2-2012, el órgano arbitral presidido por P.-M. Dupuy (francés) y formado por S. Torres Bernárdez (español) y M. Lalonde (canadiense), resolvió que carecía de jurisdicción y competencia al no haber cumplido la demandante los requisitos exigidos por el Artículo 8 del APPRI, no siendo aplicable en este caso la “doctrina Maffezini”. Por lo tanto, rechazó las pretensiones de la demandante, sin perjuicio del derecho de ésta a presentarlas ante un nuevo Tribunal arbitral tras haber cumplido con el requisito establecido por el Artículo 8 del APPRI (sometimiento previo de la controversia a los tribunales argentinos durante un periodo de 18 meses). La demandante debió soportar las costas del arbitraje y abonar a la demandada la cantidad de 180.743,61 euros.

En segundo lugar, el caso *Brandes Investment Partners, LP. c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/08/3) se resolvió a la luz de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones de Venezuela, en relación con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Convenio CIADI) (BOE, 13-9-1994) y las Reglas de Arbitraje del CIADI. El órgano arbitral fue presidido por R. Oreamuno (costarricense) y compuesto por K.H. Böckstiegel (alemán) y B. Stern (francesa). El laudo de 14-5-2012 interpretó el tenor del Artículo 22 de la Ley sobre Promoción y Protección de las Inversiones de Venezuela y, en virtud de la misma, el Tribunal concluyó que carecía de jurisdicción y competencia para conocer del caso, acogiendo así la excepción presentada por la demandada al entender que Venezuela no había prestado el consentimiento necesario para someter la controversia al CIADI.

En tercer lugar, se presenta el caso *SAUR International, S.A. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/04/4), donde se discutía la violación de las obligaciones establecidas en el APPRI celebrado entre Francia y Argentina (firmado el 3-7-1991). En su decisión sobre jurisdicción y responsabilidad de 6-6-2012, el Tribunal arbitral, presidido por J. Fernández-Armesto (español) y formado por los árbitros B. Hanotiau (belga) y Ch. Tomuschat (alemán), desestimó las excepciones a la jurisdicción, competencia y admisibilidad; declarando que Argentina había adoptado una serie de medidas expropiatorias y de nacionalización y no había otorgado a la inversión un tratamiento justo y equitativo. No obstante, el Tribunal desestimó la pretensión del inversor pidiendo que el Tribunal declarara que Argentina no había otorgado plena protección y seguridad a la inversión. Por último, en cuanto a la determinación del montante de la indemnización y las costas, el Tribunal pospuso tal decisión para la segunda fase del procedimiento.

En cuarto lugar, destaca el caso *Ulysseas, Inc. c. Ecuador* (Caso CPA/CNUDMI). Se trata de un arbitraje iniciado conforme al APPRI celebrado entre Ecuador y los Estados Unidos de América (firmado el 27-8-1993) y administrado por la CPA conforme al Reglamento de la CNUDMI. El órgano arbitral estuvo formado por P. Bernardini (italiano) como presidente, junto con los árbitros M. Pryles (australiano) y B. Stern (francesa). En su laudo de 12-6-2012 el Tribunal arbitral concluyó que la demandada no había violado ninguna de las obligaciones establecidas por el APPRI. Además, determinó que las partes debían compartir de manera equitativa todos los honorarios y gastos del Tribunal e impuso al demandante el pago de 2.000.000 de dólares

estadounidenses en concepto de costas de representación letrada.

En quinto lugar, en el caso *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erőmű Kft. c. Hungría* (Caso CIADI n° ARB/07/22), mediante una Decisión de 29-6-2012 la Comisión *ad hoc* rechazó en su integridad una solicitud de anulación del Laudo notificado a las partes el 23-9-2010. En este Laudo el Tribunal había desestimado todas las pretensiones formuladas por las demandantes contra Hungría bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía (BOE, 17-5-1995; corr. de errores, BOE, 14-7-1995), en particular bajo los Artículos 10.1 (tratamiento justo y equitativo y plena protección y seguridad), 10.7 (trato nacional y de la nación más favorecida) y 13 (expropiación). Las demandantes habían alegado en el arbitraje que estas disposiciones habían sido violadas por Hungría al adoptar una modificación a la Ley de Electricidad en 2006, poco después de su adhesión a la Unión Europea (UE), por la que reintrodujo en el mercado eléctrico la regulación de los precios para los generadores de electricidad, que hasta la fecha se calculaban conforme a contratos firmados con las empresas de generación. La Comisión *ad hoc* estuvo integrada por B. Hanotiau (belga) como presidente, R. Knieper (alemán) y A.A. Yusuf (somalí).

En sexto lugar, el caso *Quasar de Valores SICAV, S.A., Orgor de Valores SICAV, S.A., GBI 9000 SICAV, S.A., y ALOS 34, S.L. c. Rusia* (Caso CCE n° 24/2007), fue ventilado ante el Instituto de Arbitraje de la CCE. El Tribunal arbitral resolvió mediante laudo de 20-7-2012 y estuvo compuesto por Ch.N. Brower (estadounidense), T.T. Landau (británico) y presidido por J. Paulsson (sueco/francés). El objeto de la controversia se centró en decidir si las medidas promulgadas por el Estado demandado tenían carácter expropiatorio y, en ese caso, conforme al Artículo 6 del APPRI entre España y Rusia (BOE, 17-12-1991), determinar el importe de la indemnización correspondiente. El Tribunal apreció la responsabilidad internacional del Estado y ordenó que la Federación Rusa abonara las siguientes cantidades: 305.360 dólares estadounidenses a *Quasar de Valores SICAV S.A.*; 943.840 dólares estadounidenses a *Orgor de Valores SICAV S.A.*; 499.680 dólares estadounidenses a *GBI 9000 SICAV S.A.*; y 277.600 dólares estadounidenses a *ALOS 34 S.L.*, aplicando a estas cantidades los intereses correspondientes.

En séptimo lugar, destaca el caso *Iberdrola Energía S.A. c. Guatemala* (Caso CIADI n° ARB/09/5). En el presente arbitraje Guatemala había planteado una excepción a la jurisdicción *ratione materiae* del CIADI y a la competencia del Tribunal, alegando que la controversia planteada por *Iberdrola* era una cuestión meramente regulatoria y/o contractual y de derecho guatemalteco, incapaz de activar la aplicación del APPRI celebrado entre España y Guatemala (BOE, 17-6-2004). El órgano arbitral, presidido por E. Zuleta (colombiano) y compuesto por Y. Derains (francés) y R. Oreamuno (costarricense) resolvió que, conforme al Artículo 11 del APPRI, el Tribunal era competente para conocer únicamente de aquellas controversias relativas a las cuestiones reguladas por el APPRI. Por lo tanto, el Tribunal estimó la excepción a la jurisdicción propuesta por Guatemala con respecto a las siguientes peticiones de la demandante: 1) que se declarara la existencia de una expropiación; 2) la violación del estándar de trato justo y equitativo; 3) la violación de la obligación de proporcionar plena protección y

seguridad; 4) la violación de la obligación de no interferir en la inversión; y 5) la obligación de cumplir las obligaciones contraídas en relación con las inversiones de la demandante. Asimismo, denegó la pretensión de *Iberdrola* afirmando que Guatemala había incurrido en actos de denegación de justicia y declaró que la demandante debía asumir la totalidad de sus propias costas y también las costas en que había incurrido la parte demandada, que ascendían a algo más de 5 millones de dólares estadounidenses.

En octavo lugar, se analiza el laudo arbitral correspondiente al caso *Daimler Financial Services AG c. Argentina* (Caso CIADI nº ARB/05/1). El objeto de la controversia giró en torno a una serie de medidas promulgadas por Argentina con el fin de equilibrar su economía que, en opinión de la demandante, violaban las disposiciones del APPRI celebrado entre Alemania y Argentina (firmado el 9-4-1991). El Tribunal arbitral fue presidido por P.-M. Dupuy (francés) y formado por D. Bello Janeiro (español) y Ch.N. Brower (estadounidense). La demandada alegó cinco excepciones a la jurisdicción, de las cuales, el Tribunal acogió la quinta, relativa al incumplimiento por parte de la demandante de los requisitos necesarios para presentar una demanda ante un Tribunal arbitral, de acuerdo con los Artículos 10.2 y 10.3 del citado APPRI. El Tribunal concluyó que la invocación de la cláusula de la nación más favorecida (NMF) presente en el APPRI no eximía a la sociedad demandante de cumplir los requisitos del Artículo 10 del APPRI. Por lo tanto, el órgano arbitral declaró su falta de jurisdicción.

En noveno lugar, destaca *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company (OPEC) c. Ecuador* (Caso CIADI nº ARB/06/11). En este arbitraje se dirimió la responsabilidad de Ecuador, al calor del ya citado APPRI celebrado entre Ecuador y los Estados Unidos de América. El Tribunal estuvo presidido por L.Y. Fortier (canadiense), y formado por D.A.R. Williams (neozelandés) y B. Stern (francesa). Mediante laudo de 5-10-2012 el Tribunal resolvió lo siguiente: 1) Ecuador violó el Artículo II.3.a) del APPRI al no dar un trato justo y equitativo a la inversión de las demandantes y al no brindarles el trato mínimo exigible conforme a derecho internacional; 2) Ecuador violó el Artículo III.1 del APPRI al expropiar la inversión de las demandantes en el Bloque 15 a través de una medida “equivalente a la expropiación”; 3) Ecuador dictó el Decreto de Caducidad en violación del derecho ecuatoriano y el derecho internacional consuetudinario; y 4) *OPEC* violó la cláusula 16.1 del Contrato de Participación al no obtener la autorización ministerial necesaria a los fines de la transferencia de derechos mediante el *Acuerdo de Farmout*. Como resultado de esta última violación, la compensación otorgada a las demandantes fue reducida por un factor del 25%, ascendiendo la indemnización por los daños sufridos finalmente a 1.769.625.000 dólares estadounidenses.

En décimo lugar, en *Electrabel S.A. c. Hungría* (Caso CIADI nº ARB/07/19), el Tribunal arbitral, presidido por V.V. Veeder (británico) y compuesto por G. Kaufmann-Kohler (suiza) y B. Stern (francesa), resolvió en su decisión sobre jurisdicción, derecho aplicable y responsabilidad, que tenía jurisdicción y competencia para conocer del asunto a la luz del Artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía, en contra de las alegaciones de la demandada y de la Comisión Europea. El Tribunal concluyó que la terminación prematura del acuerdo de compraventa de energía, como consecuencia de la

promulgación de la Ley de Electricidad en 2006 (tras la entrada de Hungría en la UE), no suponía una violación del Tratado sobre la Carta de la Energía. No obstante, el órgano arbitral pospuso la decisión sobre la reclamación de la demandante respecto a los costes de transición a la competencia, fundamentada en el Artículo 10.1 del Tratado sobre la Carta de la Energía, para la siguiente fase del procedimiento.

En undécimo lugar, el caso *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (Caso CIADI nº ARB/98/2), donde mediante Decisión de 18-12-2012 una Comisión *ad hoc* anuló parcialmente un laudo arbitral dictado el 8-5-2008; en el se había declarado que Chile incumplió su obligación de brindar a dos inversores españoles un tratamiento justo y equitativo bajo el Artículo 4.1 del APPRI celebrado entre Chile y España (BOE, 19-3-1994). En concreto la Comisión *ad hoc* declaró nula la parte del laudo en la que se condenaba a Chile al pago a las demandantes de más de 10 millones de dólares estadounidenses como indemnización; sin embargo, mantuvo la validez del laudo arbitral en cuanto a la condena a Chile al pago a las demandantes de más de 3 millones de dólares estadounidenses en concepto de costas del procedimiento. La Comisión *ad hoc* estuvo formada por L.Y. Fortier, presidente (canadiense), P. Bernardini (italiano) y A.S. El-Kosheri (egipcio).

Y, por último, en duodécimo lugar el caso *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentina* (Caso CIADI nº ARB/09/1), fue iniciado en virtud del APPRI celebrado entre Argentina y España (BOE, 18-11-92). El Tribunal fue presidido por Th. Buergenthal (estadounidense) y formado por los árbitros H.C. Alvarez (canadiense) y K. Hossain (bangladeshí), designados conforme a las disposiciones relevantes del Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI. El arbitraje fue instituido a resultas del proceso de nacionalización y expropiación de la inversión de las demandantes, todas ellas sociedades constituidas en España, en *Aerolíneas Argentinas*. El órgano arbitral, en su decisión sobre jurisdicción de 21-12-2012, desestimó las cuatro excepciones planteadas por la parte demandada, a saber: 1) incumplimiento por parte de las demandantes de llevar a cabo negociaciones amistosas durante un periodo de seis meses previo sometimiento de la controversia al arbitraje, así como de someter la controversia a los tribunales locales durante 18 meses (Artículo X del APPRI); 2) falta de legitimidad para reclamar en base a derechos que pertenecen a otra persona jurídica; 3) falta de jurisdicción del Tribunal para resolver algunas de las reclamaciones relativas a actos de entes no gubernamentales; e 4) ilegalidad de las inversiones realizadas por las demandantes que, por lo tanto, no estarían protegidas por el APPRI. Por último, el órgano arbitral ordenó unir al fondo de la diferencia la cuestión de la determinación de la responsabilidad de la demandada por los actos de entidades no estatales.

Una vez presentados los laudos y decisiones que se examinan en la presente crónica de 2012, en las siguientes páginas se analizan los aspectos jurídicos más relevantes.

II. LA SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO⁷

Este epígrafe estudia las decisiones relativas al consentimiento al arbitraje de inversiones, así como aquellos aspectos relacionados con la jurisdicción *ratione materiae* y *ratione personae*.

1. El consentimiento al arbitraje de inversiones

El Laudo sobre Jurisdicción dictado en el caso *ICS Inspection and Control Services Limited c. Argentina* (Caso CPA/CNUDMI n° 2010-9, Laudo de 10-2-2012), resolvió distintas objeciones planteadas a la jurisdicción del Tribunal, la primera de las cuales se refiere a cuestiones relacionadas con el consentimiento al arbitraje.

En efecto, la primera cuestión que debía dilucidar el Tribunal era la naturaleza del prerequisite de sometimiento de la controversia a los tribunales locales argentinos antes de acudir al arbitraje internacional, tanto en lo que se refiere a su naturaleza obligatoria o facultativa, como en relación a las consecuencias jurídicas de su incumplimiento. La demandante sostenía que exigir que se litigue ante los tribunales argentinos durante un período de 18 meses sería inútil, pues sólo retardaría el momento del consentimiento al arbitraje. Por el contrario, para la demandada esta disposición era un límite estricto a su consentimiento al arbitraje que debía cumplirse antes de que surgiera el derecho del inversor de acudir al arbitraje internacional. En efecto, la demandada sostenía que los requisitos de los Artículos 8.1 y 8.2 del APPRI celebrado entre el Reino Unido y Argentina no pueden percibirse como meramente procesales, en lugar de jurisdiccionales, dado que establecen condiciones que se relacionan con una etapa previa al arbitraje internacional. El Tribunal procedió a averiguar la intención de las partes en el APPRI cuando establecieron este requisito y entendió que:

“247. Después de considerar el lenguaje del Tratado y los argumentos de las Partes, el Tribunal está de acuerdo con la opinión de la Demandada. El Tribunal no encuentra ninguna ambigüedad en cuanto al carácter imperativo de la frase “serán sometidas...a la decisión del Tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio la inversión se realizó” en ambas versiones del Tratado en español e inglés. El artículo 8 del Tratado no muestra la misma yuxtaposición entre lenguaje permisivo en cuanto a los requisitos de negociación y lenguaje imperativo para el sometimiento previo al arbitraje a los Tribunales locales como en el caso del TBI Alemania-Argentina en el caso Wintershall. Sin embargo, el artículo 9 del Tratado lo hace: las controversias entre las Partes Contratantes “deberían, si fuera posible” ser dirimidas a través de canales diplomáticos y “deberán”, caso contrario, ser sometidas a arbitraje.

248. El requisito no constituye ni un mero “período de espera” ni un requisito de “agotamiento de los recursos locales y recae en cambio entre estos extremos, tanto respecto a su contenido como a su objeto y fin”.
(...)

⁷ Epígrafe elaborado por el Prof. Dr. Millán Requena Casanova.

“250. Asimismo, la tendencia en derecho internacional público ha favorecido claramente la aplicación estricta de los prerequisites procesales. Por ejemplo, en el caso reciente de Georgia c. Rusia ante la CIJ, a pesar de la ausencia de un lenguaje imperativo, una mayoría de la CIJ concluyó que la frase “controversia...que no es dirimida por negociación o por procedimientos dispuestos expresamente en este Convenio” establecía una precondition de recurrir a las negociaciones o a los procedimientos previstos expresamente en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (...), anterior al entendimiento de la CIJ en el caso (Caso relativo a la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa), párrafos 133-135)”.

Esta posición restrictiva respecto a la satisfacción de las condiciones procesales, asumida por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el *Caso relativo a las Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, ICJ Reports 2006, párrs. 87-88, ha sido exportada al DI económico. Así, cabe recordar que en el reciente caso *Murphy Exploration and Production Company c. Ecuador* (Caso CIADI n° ARB/08/04, Decisión sobre Jurisdicción de 15-12-2010), el Tribunal arbitral afirmó que los requisitos procesales contenidos en un APPRI no pueden ignorarse sin que ello genere consecuencias procesales. En efecto, en el caso *Murphy c. Ecuador* el Tribunal rechazó el argumento relativo a la ineficacia de las negociaciones exigidas en el Artículo VI del APPRI fundado en el fracaso de las negociaciones entabladas previamente entre Ecuador y otros inversores, señalando que para constatar si las negociaciones fracasaron o no las partes debían, al menos, haberlas iniciado.

Por tanto, en el caso *ICS Inspection and Control Services Limited c. Argentina* el Tribunal entendió que el APPRI celebrado entre el Reino Unido y Argentina limita el consentimiento del Estado al arbitraje al estricto cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 8 del APPRI, que obliga a someter la reclamación a los tribunales argentinos durante un período de 18 meses.

A continuación, el Tribunal trató de determinar si el cumplimiento de este requisito era una cuestión de jurisdicción, admisibilidad o procedimiento. A tal efecto, el Tribunal trató de distinguir entre una cuestión de admisibilidad y una de jurisdicción, acudiendo para ello a la jurisprudencia de la CIJ en el *Caso relativo a las Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Ruanda)*. En este caso este órgano judicial explicó la distinción de la siguiente manera: “258. [...] la objeción basada en el incumplimiento de las precondiciones establecidas en las cláusulas compromisorias, y en particular en el Artículo 29 del Convenio [sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1979], constituye una objeción a la admisibilidad de su Aplicación y no una objeción a la jurisdicción de la Corte. La Corte recuerda en este sentido que su jurisdicción se basa en el consentimiento de las partes y está limitada al alcance aceptado por ellas. Cuando tal consentimiento se expresa en una cláusula compromisoria contenida en un tratado internacional, cualquier condición a la cual esté sujeto dicho consentimiento debe ser considerada como un límite a este. En consecuencia, la Corte considera que el análisis de dichas condiciones está relacionado con su jurisdicción y no con la admisibilidad de la demanda”.

Por tanto, el Tribunal se preguntó si la obligación de someter previamente la controversia a los Tribunales argentinos prevista en el Artículo 8.1 era una condición procesal a la que Argentina subordinaba su consentimiento al arbitraje; o si, por el contrario, el incumplimiento de esta precondition afectaba o no al consentimiento al arbitraje. A lo que el Tribunal respondió que:

“262. La Demandante afirma que el consentimiento al arbitraje es meramente pospuesto y es a todos los efectos inevitable. El consentimiento sin embargo todavía no está presente. El Tratado prevé expresamente en el Artículo 8.2.b) un mecanismo por el cual la Demandada podría acordar proceder directamente al arbitraje internacional. Sin embargo, la Demandante no ha reclamado que exista dicho acuerdo. Por consiguiente, el no respetar la precondition del consentimiento de la Demandada al arbitraje no puede sino llevar a la conclusión de que el Tribunal no tiene jurisdicción sobre la presente controversia. No sólo ha condicionado la Demandada específicamente su consentimiento al arbitraje a un requisito que aún no se ha cumplido, sino que las Partes Contratantes del Tratado han solicitado expresamente la remisión previa de la controversia al entendimiento de los tribunales argentinos durante al menos 18 meses antes de que se inicie el sometimiento a un arbitraje internacional. El Tribunal simplemente no está facultado a ignorar estos límites a su jurisdicción”.

A continuación, el Tribunal se planteó si debía ignorar la condición procesal establecida en el Artículo 8.1 del APPRI debido a su supuesta falta de eficacia, considerando que la aplicación estricta de este requisito podría ser contraria al objeto y fin del APPRI. El Tribunal entendió irrelevante el argumento de que la controversia no se habría resuelto en cualquier caso dentro de los 18 meses, señalando que:

“270. (...) Mientras que en el derecho internacional público en el contexto Estado-contra-Estado, el análisis jurisdiccional usualmente se centra en el consentimiento expresado en el instrumento que contiene la disposición de arbitraje, el arbitraje inversor-Estado exige un consentimiento adicional y ulterior de un tercero no signatario de ese tratado: el inversor. La formación del acuerdo al arbitraje ocurre a través de la aceptación por parte del inversor de la oferta permanente de arbitraje contemplada en el tratado de inversión pertinente.

(...)

“272. Al momento de iniciar la resolución de la controversia en virtud del tratado, el inversor sólo puede aceptar o rechazar la oferta de arbitraje, pero no puede modificar sus términos. El inversor, independientemente de las circunstancias particulares que lo afectan o su creencia en la utilidad o equidad de las condiciones adjuntas a la oferta del Estado receptor, debe, sin embargo, prestar consentimiento a la aplicación de los términos y condiciones de la oferta realizada por el Estado receptor, caso contrario no puede haber acuerdo para arbitrar (...).

273. Para concluir sobre este punto, el Tribunal entiende que la intención del artículo 8(1) fue el establecimiento de una jurisdicción exclusiva de Tribunales nacionales durante un período de 18 meses o hasta tanto se dictara una decisión definitiva, cualquiera que sea más breve. El Tribunal concluye, asimismo, que la Demandante manifiestamente ha incumplido el prerrequisito y que no existe ninguna razón convincente para eximir a la Demandante de su aplicación en función de la futilidad u otros. El Tribunal debe, por lo

tanto, rechazar su jurisdicción excepto que pueda encontrar un fundamento alternativo para el consentimiento de la Demandada al arbitraje”.

El Tribunal concluyó que el Artículo 8 del APPRI recoge un requisito imperativo, previo al recurso al arbitraje internacional, que impone la necesidad de recurrir a los tribunales argentinos durante el plazo de 18 meses. Se trata de un requisito procesal obligatorio, que no fue cumplido por la parte demandante.

No obstante, el Tribunal trató de determinar si la cláusula de NMF que prevé el Artículo 3.2 se aplica a la solución de controversias, lo que eximiría a la demandante de la obligación de acudir a los tribunales argentinos durante el plazo de 18 meses. La demandada entendía que las cláusulas de NMF no se aplican a cuestiones de jurisdicción. En su opinión, dado que la cláusula de NMF no es un acuerdo de arbitraje no forma parte de la oferta de arbitraje, por lo que debe existir un consentimiento al arbitraje independiente para que pueda aplicarse a cuestiones de jurisdicción. En este sentido, el Tribunal afirmó que el principio del consentimiento a la jurisdicción internacional está bien establecido en el DI, y no varía en el contexto particular del arbitraje de inversiones:

“280. Asimismo, el consentimiento de un Estado al arbitraje no se presumirá en el caso de ambigüedad. El consentimiento a la competencia de un organismo judicial o cuasi-judicial en virtud del derecho internacional se demuestra o no de conformidad con las normas generales de derecho internacional que rigen la interpretación de los tratados. La carga de la prueba respecto de la cuestión del consentimiento recae directamente sobre un demandante determinado que la invoque contra un demandado determinado. Cuando el demandante no logre probar el consentimiento con suficiente certeza, la competencia será rechazada.

281. Este principio deriva de la ausencia de un “default forum” (foro por defecto) para la presentación de reclamos en virtud del derecho internacional (...). Así, la inexistencia de un foro ante el cual presentar reclamos sustantivos válidos es un estado de situación normal en la esfera internacional. Por lo tanto, una resolución de falta de jurisdicción no debería considerarse un defecto del esquema de un tratado que se contrapone a su objeto y fin al momento de establecer protección sustantiva para las inversiones”.

Este planteamiento fue precisado hace una década por la CIJ en el *Caso relativo a las Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva solicitud: 2002) (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, con respecto a las normas imperativas y *erga omnes* del DI general al subrayar que:

“Como ya ha tenido oportunidad de resaltar, la Corte observa, sin embargo que “el carácter erga omnes de una norma y la regla del consentimiento a la jurisdicción son dos cosas diferentes” (East Timor (Portugal c. Australia), Sentencia, I.C.J. Reports 1995, pág. 102, párr. 29), y que el simple hecho de que los derechos y las obligaciones erga omnes puedan estar en disputa en el marco de una controversia no le otorgaría a la Corte jurisdicción para entender en dicha controversia.

Lo mismo es aplicable a la relación entre las normas perentorias del derecho internacional general (jus cogens) y el establecimiento de la jurisdicción de la Corte: el hecho de que una controversia se relacione con el cumplimiento de una norma de tal carácter, que es, en efecto, el caso con respecto a la prohibición del genocidio, no puede en sí mismo ofrecer

un fundamento a la jurisdicción de la Corte para entender en dicha controversia. En virtud del Estatuto de la Corte, dicha jurisdicción siempre se basa en el consentimiento de las partes (Caso relativo a las Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva Solicitud: 2002) (República Democrática del Congo c. Ruanda), párr. 64).

Sobre este expediente, el Tribunal interpretó los términos de la cláusula de NMF del Artículo 3, en particular el significado del término “trato” para determinar si comprende el “trato” sustantivo y el jurisdiccional. Para la demandada el término “trato” quedaría limitado a los derechos sustantivos de los inversores. Dado que ninguna de las partes presentó pruebas que ofrecieran la interpretación particular del término “trato” en el APPRI, el Tribunal optó por recurrir al principio de contemporaneidad en la interpretación de los tratados, de especial relevancia en el caso de los tratados bilaterales, que requiere que el significado y el alcance de este término sean determinados cuando Argentina y el Reino Unido negociaron su APPRI. A tal efecto, el Tribunal decidió acudir a las “Directrices relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa”, adoptadas por el Comité para el Desarrollo del Banco Mundial en 1992, poco tiempo después de la celebración del citado APPRI. Tales Directrices fueron consideradas un indicio valioso para averiguar el sentido corriente que las partes contratantes pretendían otorgar al término “trato”. La estructura de las Directrices del Banco Mundial y, en particular, de la Parte III dedicada al “tratamiento” y al establecimiento de la variedad de estándares sustantivos comunes de protección de inversiones, sugiere que la opinión preeminente en esa época era que el “trato” debía cubrir pautas de conducta independientes aplicables al Estado receptor de la inversión. Mientras que, la cuestión de la “solución de controversias” se abordaba en la Parte V de las Directrices, de manera separada de los estándares de “trato”. Por lo que el Tribunal concluyó que:

“296. Sobre la base del análisis supra de fuentes contemporáneas al TBI, la opinión del Tribunal de que, en el caso de ausencia de estipulación en contrario en el propio tratado, lo más probable es que la intención de las dos Partes Contratantes fuera que el término “trato” hiciera referencia exclusivamente al régimen jurídico que debía ser respetado por el Estado receptor de conformidad con sus obligaciones internacionales, ya fueran convencionales o consuetudinarias. Mientras tanto, la solución de controversias continuaba siendo una cuestión totalmente diferente, contemplada por una disposición específica y separada de los tratados. De este modo, cuando el texto de la cláusula de NMF guarda silencio acerca de la extensión de su aplicación a las disposiciones sobre solución de controversias y el artículo 8(1) del mismo TBI prevé un mecanismo de solución de controversias entre un inversor y el Estado receptor con respecto a todas las diferencias relativas a inversiones que “surjan dentro de los términos de este Convenio”, el contexto que representa el artículo 8(1) desempeña un rol determinante a efectos de la determinación del sentido corriente de los términos de la cláusula de NMF”.

El Tribunal citó el pronunciamiento previo del Tribunal arbitral en el caso *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* (Caso CIADI n° ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción de 8-2-2005), que sostuvo que “una disposición de NMF en un tratado básico no incorpora por referencia disposiciones de solución de controversias en todo o en parte establecidas en otro tratado, excepto que en el tratado básico no queden dudas de que los Estados contratantes tuvieron la intención de incorporarlas”. Asimismo, la práctica convencional multilateral confirmaría el alcance restringido del lenguaje del

Artículo 3.2 del APPRI, como lo demuestra el borrador de Acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) que, inspirado en el lenguaje del Artículo 1103.2 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), contiene una nota a pie en su cláusula de NMF que dispone que las partes interpretan que esta cláusula no abarque los mecanismos de controversias internacionales previstos en el Acuerdo; o en las negociaciones que dieron lugar al Tratado de Libre Comercio de Centroamérica y la República Dominicana, en cuyo borrador las partes interpretaron que su intención es que la cláusula de NMF no comprenda “los mecanismos de solución de controversias internacionales como los contenidos en la Sección C de este Capítulo”. De igual modo, otros tratados de inversión recientes han incluido disposiciones que indican expresamente que este lenguaje está destinado a limitar en forma específica la cláusula de NMF a las cuestiones de trato sustantivo, por lo que el Tribunal no podía razonablemente llegar a una conclusión como la del caso *Maffezini*:

“303. Asimismo, como el Tribunal de National Grid destacara, en respuesta a la decisión emitida en el marco del caso Siemens, la Argentina y Panamá intercambiaron notas diplomáticas con vistas a aclarar que la cláusula de NMF incluida en su tratado de inversión de 1996 no estaba destinada a extenderse a las cláusulas de resolución de controversias.

304. Por el contrario, el Reino Unido ha manifestado de manera similar que su intención era que la cláusula de NMF incluyera las cuestiones sobre solución de controversias y, a tal efecto, ha incluido un tercer párrafo en las cláusulas de NMF de muchos de sus TBI y de su Modelo de TBI:

Para evitar toda duda, se ratifica que el trato previsto en los apartados (1) y (2) precedentes se aplicará a las disposiciones de los Artículos 1 a 11 de este Convenio.

Sin embargo, el TBI que nos ocupa no contiene ninguna de dichas disposiciones ni ninguna indicación de ese tipo. La Demandada, asimismo, cita en forma acertada el caso del TBI Paraguay-Reino Unido en el que este lenguaje fue insertado por medio de una modificación en lugar de una aclaración. No obstante, pueden encontrarse otros elementos que señalan el alcance restringido de la cláusula de NMF incluida en el tratado bilateral en cuestión”.

Además, la parte demandada defendía que las garantías de NMF se limitan a la esfera territorial, pues la expresión “en su territorio” –prevista en el Artículo 3 del APPRI– parecía indicar que el alcance de la cláusula de NMF se limitaba a las cuestiones que tenían lugar “dentro de su territorio”, lo que excluiría el arbitraje en sede internacional. La demandada alegaba, asimismo, que la ubicación de la cláusula de NMF entre las disposiciones relativas al trato sustantivo constituía un indicio evidente de que las partes del APPRI no pretendían extender su aplicación a las cuestiones procesales. El Tribunal sostuvo que una limitación territorial se encuentra presente en todas las disposiciones que establecen estándares de trato sustantivo, y eso no sucede con las disposiciones procesales, lo que resalta la naturaleza “no territorial” de la solución de controversias.

“308. Por ende, aun si pudiera interpretarse que el término “trato” comprende no sólo las protecciones “sustantivas”, sino asimismo las disposiciones sobre resolución de controversias internacionales de los tratados de inversión, la cláusula de NMF que nos ocupa no es aplicable al arbitraje internacional. La obligación del Estado receptor se

extiende hasta el otorgamiento al inversor cubierto con respecto a la resolución de controversias locales (es decir, la resolución de controversias “en su territorio”) de un “trato” que no sea menos favorable que el trato en materia de resolución de controversias locales otorgado a los inversores provenientes de terceros Estados. Cuando una cláusula de NMF es aplicable exclusivamente al trato en el territorio del Estado receptor, el corolario lógico es que el trato fuera del territorio del Estado receptor no se encuentran dentro del alcance de la cláusula.

309. En resumen, tanto el propio concepto de resolución de controversias extra-territoriales como el consentimiento a ella por parte de un Estado receptor son inadecuados respecto del sentido claro y corriente de las palabras “trato en su territorio” en los términos de la cláusula de NMF del Tratado. Es difícil advertir el modo en el que la cláusula de NMF que contiene esta frase podría aplicarse a los procedimientos de arbitraje internacional sin descontar la limitación territorial expresa sobre el alcance de la cláusula. Esta incongruencia pragmática impide que el Tribunal presuma – ante la ausencia de toda prueba positiva – que las Partes Contratantes del presente Tratado pretendían incluir en forma tácita la resolución de controversias internacionales dentro del ámbito de la cláusula de NMF. Si esa hubiera sido su intención, parecería extraño que impusieran una limitación territorial tan incoherente con dicho objetivo”.

La demandante también argumentó conforme a la máxima *expressio unis est exclusio alterius* aplicable a las excepciones al trato de NMF enumeradas en el Artículo 7 del APPRI, en virtud de la cual todo trato no excluido en forma expresa se encuentra contemplado por la cláusula de NMF. Por el contrario, la demandada entendía que el hecho de que las excepciones enumeradas en el Artículo 7 del APPRI no tuvieran relación alguna con la solución de controversias indicaba que las partes contratantes ya no contemplaban la aplicación de la cláusula de NMF a las cuestiones sobre solución de controversias. Si bien algunos Tribunales han considerado estas excepciones como prueba de la intención de incluir las cláusulas sobre solución de controversias dentro del alcance de la cláusula de NMF, en este caso el Tribunal llegó a la conclusión opuesta:

“310. (...) Con el debido respeto a los Tribunales precedentes, el presente Tribunal no considera que la presencia de estas excepciones sea un indicio de que las Partes Contratantes pretendían incluir disposiciones sobre resolución de controversias internacionales inversor-Estado dentro del alcance de sus compromisos de NMF.

(...)

“313. Las excepciones al trato de NMF no sugieren ninguna exclusión de las cuestiones relativas a la solución de controversias internacionales. En la medida en que las Partes Contratantes puedan haber concentrado su atención en la cuestión del trato de NMF de la solución de controversias internacionales, puede considerarse que las Partes Contratantes no han excluido la solución de controversias ya que, en primer lugar, nunca imaginaron que estaba incluida. Así, el Tribunal coincide con la conclusión del Tribunal del caso Plama según la cual la deducción puede aplicarse con la misma fuerza en ambas direcciones y sólo sirve para confirmar una conclusión anterior acerca del efecto de la cláusula de NMF”.

El Tribunal consideró la práctica anterior y posterior de las Partes Contratantes en materia de celebración de APPRI. La demandada argumentaba que, dado que ya había celebrado tratados que no contenían el requisito de acudir a los Tribunales argentinos,

no habría motivos para incluir el prerequisite de los 18 meses en los tratados de inversiones futuros. El Tribunal consideró convincente este argumento al señalar que:

“316. (...) De los 29 TBIs suscriptos por la Argentina con diversos Estados entre el 22 de mayo de 1990 y el 17 de mayo de 1994, diez tratados contenían el prerequisite de los 18 meses mientras que los otros 19 no lo incluían. Si la Argentina hubiera tenido por lo general la intención de que las cláusulas de NMF de sus TBIs fueran aplicables a sus disposiciones sobre resolución de controversias internacionales, entonces celebró no menos de cinco TBIs posteriores que incluían el prerequisite de los 18 meses sin una buena razón dado que ya había concluido tres TBIs sin este requisito (...).

*317. Estos patrones no pueden reconciliarse con las afirmaciones de la Demandante relativas a las cláusulas de NMF. La doctrina del *effet utile* se vería vulnerada con respecto a los tratados mencionados, puesto que el prerequisite de los 18 meses habría sido nulo ab initio – inmediatamente sustituido por medio de las cláusulas de NMF de los tratados. En este sentido, y como ya se ha dicho anteriormente, el texto del TBI, incluido su artículo 8, funciona como “contexto” pertinente a fin de determinar el sentido corriente de los términos de la cláusula de NMF contenida en el artículo 3(2) del TBI. Los términos de la primera, la cláusula de NMF, no deberían interpretarse en el sentido de privar a la segunda, la cláusula de resolución de controversias, de todo significado sin la intención clara de lograr dicho resultado. El principio de contemporaneidad evita esta incongruencia al preferir la interpretación coherente con la práctica demostrada de la Argentina en materia de celebración de tratados – a saber, que, en 1990, la Argentina entendía que el término “trato” no incluía los procedimientos de arbitraje internacional de los TBIs”.*

El Tribunal concluyó que la cláusula de NMF incluida en el APPRI no extendía el trato de NMF a las disposiciones que regulan la solución de controversias. No obstante, aun en el supuesto de que la cláusula de NMF fuera aplicable a las disposiciones procesales, la comparación entre el tratado básico y el tratado de referencia confirmaría la falta de competencia del Tribunal. En efecto, dado que el trato diferencial no constituye automáticamente trato “menos favorable”, esta cuestión requiere que las disposiciones procesales de los dos tratados se comparen en su totalidad y no por partes, en aras de determinar si el trato otorgado por el tratado comparable es, en general, más favorable. En este caso, la demandante invocaba el Artículo 9 del APPRI celebrado entre Argentina y Lituania como tratado que supuestamente ofrece un trato “más favorable” en violación de la cláusula de NMF incluida en el APPRI celebrado entre el Reino Unido y Argentina. El Tribunal señaló sobre esta cuestión lo siguiente:

“322. A diferencia del artículo 8 del TBI Argentina-Reino Unido, esta disposición establece, en primer lugar, que las controversias deben ser objeto de consultas amistosas. En el supuesto de que éstas no logran resolver la controversia dentro del plazo de seis meses, el inversor podrá optar por someter la controversia a los Tribunales nacionales del Estado receptor o a diversos foros de arbitraje internacional. Luego, la cláusula deja en claro que “[u]na vez que un inversor haya sometido la controversia a los Tribunales competentes mencionados de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión o al arbitraje internacional, la elección será definitiva.” Esta disposición constituye una disposición de “fork-in-the-road” común a muchos TBIs. De este modo, el inversor lituano tiene la oportunidad de optar entre los recursos locales y el arbitraje internacional. No obstante, el inversor no puede recurrir al arbitraje internacional una vez que haya optado por emplear los recursos locales o viceversa.

323. *Por el contrario, el inversor del Reino Unido en la Argentina debe someter la controversia a los Tribunales argentinos durante 18 meses o hasta que se emita una decisión definitiva, lo que ocurra primero. Como la Demandada destacara, esto efectivamente le da al inversor dos oportunidades: una vez ante los Tribunales nacionales del Estado receptor y, otra vez, ante un Tribunal arbitral internacional. Si bien el proceso judicial ante los Tribunales argentinos supone costos y demoras si no logra alcanzar una resolución, en muchas circunstancias, puede que esto sea más favorable que el acceso directo al arbitraje internacional luego de sólo seis meses de consultas amistosas. Por consiguiente, el Tribunal no considera que los inversores lituanos reciban necesariamente un trato más favorable en comparación con el inversor del Reino Unido en la Argentina (...).*”

A la luz de las conclusiones precedentes, el Tribunal rechazó su jurisdicción respecto de todos y cada uno de las reclamaciones de la demandante. Por ello, el Tribunal no consideró el resto de las objeciones presentadas a su jurisdicción.

El Laudo dictado en el caso *Brandes Investment Partners, LP. c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/08/3, Laudo de 2-8-2011), tuvo como objeto determinar si el Artículo 22 de la Ley sobre Promoción y Protección de las Inversiones de Venezuela, de 3-10-1999, contiene un consentimiento unilateral anticipado a la jurisdicción del CIADI. El Tribunal entendió que, para analizar el alcance de este precepto, debía examinar las relaciones entre el Artículo 22 y otras normas relevantes de Derecho interno venezolano y el Artículo 25 del Convenio CIADI. Ahora bien, para interpretar esta última disposición el Tribunal debía tomar en consideración el Artículo 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) (BOE, 13-6-1980), que codifica las reglas interpretativas aplicables a los tratados internacionales:

“36. Given that Article 22, insofar as it is relevant to this arbitration, is a unilateral declaration by Venezuela, it is obvious that the initial process of interpretation should be conducted according to the parameters set by the Republic’s legal system, starting with the Political Constitution, which is the supreme norm of the State. However, because in the context of this proceeding the outcome of that interpretation has direct effects on the operation of Article 25 of the ICSID Convention, the conclusions resulting from that initial analysis must be read in accordance with the principles of international law”.

Sobre esta cuestión el Tribunal recordó la Decisión sobre jurisdicción emitida previamente en el caso *Cemex Caracas Investment B.V., Cemex Caracas II Investment B.V. c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/08/15, Decisión sobre Jurisdicción de 20-12-2010), en virtud de la cual:

“79. Unilateral acts by which a State consents to ICSID jurisdiction are standing offers made by a sovereign State to foreign investors under the ICSID Convention. Such offers could be incorporated into domestic legislation or not. But, whatever may be their form, they must be interpreted according to the ICSID Convention and to the principles of international law governing unilateral declarations of States”.

La demandante sostenía que la interpretación gramatical del texto llevaba a concluir que el Artículo 22 prevé el consentimiento a la jurisdicción del CIADI, postura que quedaría reforzada por el análisis del contexto normativo interno. En concreto, el Artículo 258 de la Constitución Política venezolana prevé la promoción del arbitraje entre los métodos

de solución de controversias previstos en su sistema jurídico. Por el contrario, la demandada sostenía que las normas constitucionales relevantes no pueden servir para fundar una reclamación unilateral a la jurisdicción del CIADI.

Asimismo, las partes hicieron referencia a las circunstancias en las que se adoptó el Artículo 22 de la referida Ley. En este sentido, la demandada invocó un buen número de decisiones del Tribunal Supremo de Venezuela en las que este órgano judicial concluyó que el Artículo 22 de la Ley no contiene una declaración unilateral que permita someter las controversias al arbitraje. En cambio, la parte demandante recurrió a un argumento novedoso, como la información contenida en el sitio web de las Embajadas de Venezuela en ciertos países como Corea del Sur, Suiza y Estados Unidos, así como en su consulado en Barcelona, en las que dicho país advierte que la Ley sobre inversiones venezolana ofrece importantes ventajas, entre las que destaca la posibilidad de acudir al arbitraje. La demandada, sin embargo, minimizó la relevancia de estas manifestaciones expresadas, afirmando que en ninguna de ellas se prevé una supuesta sumisión a la jurisdicción del CIADI.

Las partes también analizaron las circunstancias históricas en las que se aprobó dicha Ley. Aunque ambas coincidían en que la Ley fue promulgada con el objetivo de atraer la inversión extranjera, para la demandante este objetivo estaba tan presente en la Ley que su estructura era muy similar a la de un tratado bilateral de inversión. Por esta razón, su Artículo 22 contiene el consentimiento de Venezuela al arbitraje CIADI, algo que es característico de los tratados de inversiones. Por su parte, aun compartiendo este punto de vista, la demandada no aceptaba que el Artículo 22 constituyese una sumisión unilateral a la jurisdicción del CIADI pues, como afirmó el Tribunal arbitral en el caso *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* (Caso CIADI n° ARB/03/24, Decisión sobre jurisdicción de 8-2-2005), el consentimiento al arbitraje de inversiones debe ser “manifiesto, claro e inequívoco”. Por último, la demandada señaló que la historia del arbitraje en América Latina mostraba que Venezuela había sido reacia e, incluso, hostil a recurrir este método jurisdiccional de solución. Para la demandante esta reticencia histórica hacia el arbitraje habría cambiado en la actualidad, como lo demostraban las referencias a las posibilidades que ofrece el arbitraje en distintos websites de las Embajadas venezolanas. A la hora de examinar el alcance del Artículo 22 de la Ley el Tribunal comenzó señalando que:

“86. The Tribunal has assessed very carefully the written and oral interpretations of the Parties concerning the content of Article 22 of the LPPI and the opinions of their respective experts about this matter. Its conclusion is that the wording of Article 22 of the LPPI is confusing and imprecise, and that it is not possible to affirm, based on a grammatical interpretation, whether or not it contains the consent of the Bolivarian Republic of Venezuela to ICSID jurisdiction.

87. In view of what is stated in the paragraph above, the Tribunal will analyze the context of Article 22, the circumstances in which the LPPI was enacted and the goals that its enactment sought to achieve.

(...)

“91. Despite the similarities between the content of the LPPI and that of a BIT, the Tribunal does not find in the article that it has analyzed nor in any other article of the LPPI, any provision that would allow it to assert that it provides for Venezuela’s consent to ICSID jurisdiction.

92. The clarity of most provisions of the LPPI contrast with the confusing and ambiguous wording of Article 22. This fact obviously weakens the assertion made by Brandes that Venezuela consented to ICSID jurisdiction by means of Article 22.

(...)

“95. As part of its analysis of the context of Article 22, which is aimed at establishing its meaning, the Tribunal has studied the Parties’ analyses of the provisions of the Political Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela, but could find only one provision that is relevant for the purposes of this proceeding. It is Article 258, which reads as follows in English:

“The Law shall organize the justice of peace in the communities. Peace Justices shall be elected by universal, direct and secret vote pursuant to law.

The Law shall promote arbitration, conciliation, mediation and any other alternative means for the settlement of disputes.”

96. Although the provision quoted above is clear with respect to arbitration, it is evident that the consent of Venezuela to ICSID jurisdiction cannot be inferred from this constitutional language”.

El análisis del contexto del Artículo 22 fue completado con el examen de las decisiones del Tribunal Supremo de Venezuela por las que este órgano judicial concluyó que la Ley de 1999 no contiene un consentimiento unilateral al arbitraje CIADI:

“99. In addition to what is stated in the paragraph above, the Tribunal considers that the decisions of the Venezuelan authorities are not determinative for the purpose of resolving this dispute. The same conclusion was reached by the Tribunal in Cemex v. Venezuela, which concluded that:

“The Tribunal adds that the same solution has been retained by the Permanent Court of Justice and the International Court of Justice which have made clear that a sovereign State’s interpretation of its own unilateral consent to the jurisdiction of an international Tribunal is not binding on the Tribunal or determinative of jurisdictional issues. Thus the interpretation given to Article 22 by Venezuelan authorities or by Venezuelan courts cannot control the Tribunal’s decision on its competence”.

El Tribunal consideró la situación económica que existía en Venezuela en 1999 y la influencia que dichas circunstancias tuvieron en la promulgación de la Ley de inversiones ese mismo año, a la vista de la dificultad que tuvo este país para concluir con los Estados Unidos de América un tratado bilateral de inversiones, lo que habría abocado a Venezuela a recurrir a otros instrumentos para atraer a los inversores extranjeros, entre ellos la Ley de 1999. No obstante, aun considerando las circunstancias económicas antedichas, el Tribunal entendió que:

“105. Although the Tribunal understands Venezuela’s eagerness to attract foreign investment to its territory, it does not consider it to be logical to find that Venezuela –which

was already having many disagreements with the United States of America— was willing, as Brandes has asserted, to grant a broad unilateral consent to ICSID jurisdiction without any reciprocity. This point of view is especially difficult to accept considering that many of the prospective investors would have been companies of the United States of America.

(...)

“110. It is also an unquestionable fact that the basis for arbitration is consent. There cannot be an arbitration, national or international, ad hoc or institutional, before ICSID or any other entity that administers arbitration proceedings, if the parties do not agree to arbitrate.

(...)

“113. Even if there is no requirement that consent to ICSID arbitration should have any characteristic other than to be expressed in writing in accordance with Article 25 of the Convention, it is self-evident that such consent should be expressed in a manner that leaves no doubts.

114. Brandes has argued repeatedly that this Tribunal had information before it (namely, CORDIPLAN's and CONAPRI's documents), that the arbitral Tribunals in the Cemex and Mobil cases did not have. This Tribunal has examined the relevant information thoroughly, as well as Brandes' arguments in this regard, and has not found anything that may lead it to depart from the conclusions arrived at by those Tribunals with respect to the specific matter at issue here.

115. This Tribunal sees no reason to depart from the conclusions reached by these two Tribunals in comparable cases as follows:

“The Tribunal thus arrives to the conclusion that such intention is not established. As a consequence, it cannot conclude from the ambiguous text of Article 22 that Venezuela, in adopting the 1999 Investment Law, consented in advance to ICSID arbitration for all disputes covered by the ICSID Convention. That article does not provide a basis for jurisdiction of the Tribunal in the present case.

(...)

“117. To refute one of Venezuela's arguments, Brandes refers in its Rejoinder to the notification about the LPPI made by the Respondent to ICSID in 2000, and to the fact that the enactment of that law was communicated to the World Trade Organization. The Tribunal does not find in those documents any statement by Venezuela to the effect that Article 22 provides for its consent to ICSID jurisdiction.

118. Based on the findings in the paragraphs above, in the Tribunal's opinion, it is obvious that Article 22 of the Law on Promotion and Protection of Investments does not contain the consent of the Bolivarian Republic of Venezuela to ICSID jurisdiction. Therefore, this Tribunal lacks competence to resolve the dispute that has been submitted to it”.

Por las razones expuestas, el Tribunal declaró por unanimidad admitir la objeción a la jurisdicción del CIADI presentada por Venezuela.

En el caso *Daimler Financial Services AG c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/05/1), el Tribunal arbitral se enfrentó a la demanda interpuesta por una empresa alemana de servicios financieros contra Argentina en respuesta a las medidas adoptadas por el

gobierno argentino en 2001 como consecuencia de la crisis económica nacional. El Tribunal arbitral realizó un análisis sobre el alcance y contenido de la cláusula de nación más favorecida contemplada en los Artículos 3 y 4 del APPRI celebrado entre Alemania y Argentina y en la Adición al Artículo 3 del APPRI incluida en su Protocolo anexo. En el presente laudo, desmarcándose de la línea establecida por otros precedentes resueltos en el marco del CIADI [*Maffezini c. España* (Caso CIADI n° ARB/97/7) o *Siemens c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/02/8)], el Tribunal determinó que la cláusula de la nación más favorecida no podía ser invocada por la empresa alemana para evitar el trámite de someter la controversia a los tribunales argentinos durante 18 meses, tal y como establece el Artículo 10 del APPRI celebrado entre Alemania y Argentina y no contempla, entre otros, el APPRI celebrado entre Argentina y Chile, en el que la demandante quiso ampararse.

En opinión del Tribunal, la cláusula de la nación más favorecida incluida en el APPRI celebrado entre Alemania y Argentina no opera respecto del contenido de todo el APPRI, sino que se circunscribe exclusivamente a los aspectos sustantivos del mismo, de manera tal que las cuestiones de procedimiento quedarían al margen de la misma. El alcance de dicha cláusula no es general, deduciéndose así de la intención mostrada por ambas partes en el momento en el que se firmó el APPRI. En su labor de exégesis, el Tribunal arbitral manejó, para llegar a esa conclusión, principios y reglas del DI público, en particular, el principio de la manifestación del consentimiento por parte de los Estados, las reglas sobre interpretación de los tratados internacionales establecidas en los Artículos 31 y 32 del CVDI, la jurisprudencia de la CIJ y los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional:

“168. Stepping back from the specific case of bilateral treaties, all international treaties – whether bilateral, plurilateral or multilateral– are essentially expressions of the contracting states’ consent to be bound by particular legal norms. They encapsulate voluntarily accepted restraints upon the universally recognized principle of state sovereignty. Consent is therefore the cornerstone of all international treaty commitments, at least insofar as those commitments exceed the minimum requirements of customary international law. The primacy of the principle of consent runs through all types of treaty commitments entered into by states. There is no distinction between substantive treatment provisions, MFN clauses, dispute resolution clauses, or otherwise. All are equally valid and equally binding to the full extent of the contracting State parties’ consent.

169. Since all international treaty commitments arise from the same source (consent) all must logically be interpreted according to the same basic interpretive principles without distinction as to the type of treaty or type of commitment. This is precisely why the International Law Commission was able to codify into a single convention –with the acceptance of an overwhelming number of the world’s states– the now customary law rules on the interpretation of treaties reflected in articles 31 and 32 of the Vienna Convention.

170. In this vein, several investor-State Tribunals have rightly pointed out that dispute resolution clauses of BITs should be interpreted no differently than any other treaty clause (...).

(...)

172. *Indeed, as a matter of public international law, the uniform applicability of the Vienna Convention's customary law interpretive principles to all treaty clauses is beyond doubt. This truism, however, in no way diminishes the underlying requirement of state consent. In interpreting dispute resolution provisions in BITs – just as with any other treaty provision – the ultimate goal is to determine what the contracting parties actually consented to. Thus, the fact that dispute resolution clauses should be construed neither liberally nor restrictively does not authorize international Tribunals to interpret such clauses in a manner, which exceeds the consent of the contracting parties as expressed in the text. To go beyond those bounds would be to act ultra vires.*

173. *The Vienna Convention itself unequivocally emphasizes the foundational role of State consent in the law of treaties. The Convention employs the word “consent” no fewer than 62 times, including in the titles to six articles. Within the Convention's interpretive prescriptions, it is well-known that article 31(1) begins by instructing interpreters to interpret a treaty “in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.” While the article does not explicitly mention consent, the reference to “good faith” nevertheless reinforces the duty of Tribunals to limit themselves to interpretations falling within the bounds of the framework mutually agreed to by the contracting state parties. As stated by the International Law Commission in its commentary to the draft version of Article 31, the requirement of interpretation in good faith “flows directly from the rule pacta sunt servanda”.*

174. *General respect for State consent is also manifested by the fundamental principle of public international law according to which international courts and Tribunals can only exercise jurisdiction over a State on the basis of its consent. As noted by the Permanent Court of International Justice in one of its first judgments, “[i]t is well established in international law that no State can, without its consent, be compelled to submit its disputes...either to mediation or to arbitration, or to any other kind of pacific settlement”.*

175. *This basic rule was often recalled by the International Court of Justice, as in particular in the Ambatielos case as well as in the Monetary Gold case. Against this background, it is not possible to presume that consent has been given by a state. Rather, the existence of consent must be established. This may be accomplished either through an express declaration of consent to an international Tribunal's jurisdiction or on the basis of acts “conclusively establishing” such consent. What is not permissible is to presume a state's consent by reason of the state's failure to proactively disavow the Tribunal's jurisdiction. Non-consent is the default rule; consent is the exception. Establishing consent therefore requires affirmative evidence. But the impossibility of basing a state's consent on a mere presumption should not be taken as a “strict” or “restrictive” approach in terms of interpretation of dispute resolution clauses. It is simply the result of respect for the rule according to which state consent is the incontrovertible requisite for any kind of international settlement procedure. This was already established by the Permanent Court of International Justice in the famous Lotus case of 1927 and further recalled by the ICJ in the case of the Aerial Incident of July 27, 1955 as well as in the East Timor case of 1995. What is true of the very existence of consent to have recourse to a specific international dispute resolution mechanism is also true as far as the scope of this consent is concerned.*

176. *On the basis of the ICJ's jurisprudence constante mentioned above, it must be clear that states may elect whatever means of settlement of disputes relating to international investment they so choose. They may also perfectly well decide in the framework of a BIT to extend the bearing of a most-favored nation (MFN) clause to the international settlement of their disputes relating to investments. But this choice cannot be presumed or artificially constructed by the arbitrator; it can only result from the demonstrated expression of the states' will.*

177. In addressing the different issues raised by the disputing parties in the present case, the main task of the Tribunal is therefore to identify the true will of the Federal Republic of Germany and the Republic of Argentina as it was stated in the 1991 Treaty which they agreed upon for the “promotion and reciprocal protection of investments”. In particular, the Tribunal must determine whether the State Parties, in concluding the German-Argentine BIT, intended to submit to the jurisdiction of an international arbitral Tribunal in circumstances wherein the investor has satisfied the procedural requirements for international dispute resolution under a Comparator Treaty but has not fully complied with the investor-State dispute resolution process laid down in the Basic Treaty.

178. Following the order of arguments made respectively by Argentina and by the Claimant, the Tribunal will in turn address the formulation and content of Article 10, which deals with the international settlement of investor-State disputes, and of Articles 3 and 4, which set out the most-favored nation clauses binding upon the two State Parties. The meaning and effect of each of these articles will be examined in accordance with Articles 31 and 32 of the Vienna Convention. That is, the interpretation of each article will be conducted “in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”. The Tribunal will also look to supplementary means of interpretation as appropriate in accordance with Article 32 in order to “confirm the meaning resulting from the application of Article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to Article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.”

(...)

199. The mandatory and sequential nature of the German-Argentine BIT’s dispute resolution provisions raises an important temporal question: when, chronologically speaking, does an aggrieved investor acquire standing to raise an MFN claim before an investor-State arbitral Tribunal under Article 10? As will be seen later in this decision, the BIT clearly empowers investors to claim and receive compensation for MFN violations. The immediately foregoing analysis, however, has indicated that fulfillment of the 18-month domestic courts submission provision constitutes a condition precedent to the Host State’s consent to submit a particular dispute to investor-State arbitration.

200. Taken together, these two conclusions suggest that a claimant wishing to raise an MFN claim under the German-Argentine BIT –whether on procedural or substantive grounds– lacks standing to do so until it has fulfilled the domestic courts proviso. To put it more concretely, since the Claimant has not yet satisfied the necessary condition precedent to Argentina’s consent to international arbitration, its MFN arguments are not yet properly before the Tribunal. The Tribunal is therefore presently without jurisdiction to rule on any MFN-based claims unless the MFN clauses themselves supply the Tribunal with the necessary jurisdiction.

201. That a prospective claimant wishing to raise an MFN claim must satisfy the conditions precedent to international dispute resolution under the basic treaty is supported by the reasoning of the ICJ in the Anglo-Iranian Oil case. In that case, the United Kingdom invoked an obligation in a 1934 treaty between Iran and Denmark to the effect that Iran would provide “the most constant protection” of the persons and property of Denmark’s nationals “in accordance with the principles and practice of ordinary international law.” The UK attempted to enforce this protection on behalf of a UK company by invoking the MFN clauses contained in two treaties that the UK had concluded with the Government of Persia in 1857 and 1903, respectively. The difficulty was that Iran, in its 1932 Declaration accepting the Court’s compulsory jurisdiction, had limited its acceptance to disputes

arising out of treaties concluded after the coming into effect of the Declaration. Thus, the Iran-Denmark treaty (the “comparator treaty”) fell within the scope of Iran’s Declaration of consent to ICJ jurisdiction, while the two UK treaties (the “basic treaties”) did not.

202. In explaining why it lacked jurisdiction to hear the UK’s MFN-based claims, the Court said the following:

*“But in order that the United Kingdom may enjoy the benefit of any treaty concluded by Iran with a third party by virtue of a most-favoured-nation clause contained in a treaty concluded by the United Kingdom with Iran, the United Kingdom must be in a position to invoke the latter treaty. The treaty containing the most-favoured-nation clause is the basic treaty upon which the UK must rely. It is this treaty, which establishes the juridical link between the United Kingdom and a third-party treaty and confers upon that State the rights enjoyed by the third party. A third party treaty, independent of and isolated from the basic treaty, cannot produce any legal effect as between the United Kingdom and Iran: it is *res inter alios acta*.”*

203. In other words, in Anglo-Iranian Oil, Iran’s acceptance of the ICJ’s jurisdiction over disputes arising under the two “basic treaties” (the UK-Persia treaties) was a condition precedent to the UK’s standing to raise its MFN claims before the Court. Because that condition precedent had not been fulfilled, the UK had no standing and the ICJ had no jurisdiction.

204. In the present matter, of course, Argentina’s consent to international arbitration is contained within the same instrument as the MFN guarantees giving rise to some of the Claimant’s jurisdictional arguments. But the physical location (external instrument versus within the same treaty) of a State’s consent to a particular type of dispute resolution does not eviscerate the requirement, stressed by the ICJ, that the State must have consented to the particular type of dispute settlement in question before the claimant may raise any MFN claims before the designated forum. According to this logic, the Claimant may not yet have standing to raise any MFN arguments at all before the Tribunal. This raises a significant impediment to the Claimant’s attempts to bypass the 18-month proviso (...).

(...)

211. Before scrutinizing the specific texts of the MFN clauses in accordance with the Vienna Convention, it is useful to consider the implications of the ejusdem generis rule as a preliminary matter, since both of the disputing parties have raised it in their submissions. As summarized by the Commission of Arbitration in the Ambatielos case, the ejusdem generis rule specifies that an MFN clause “can only attract matters belonging to the same category of subject as that to which the clause itself relates”. The International Law Commission has characterized the ejusdem generis rule as one that is “generally recognized and affirmed by the jurisprudence of international Tribunals and national courts and by diplomatic practice”. Indeed, the ILC codified the rule as follows in Article 9(1) of its 1978 Draft Articles on Most-Favoured-Nation Treatment:

“Under a most-favoured-nation clause the beneficiary State acquires, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, only those rights which fall within the limits of the subject-matter of the clause.”

212. Thus defined, the ejusdem generis rule advocates a common sense approach to the interpretation of MFN clauses. It is probably for this reason that the rule appears to have gained acceptance. The ILC’s Commentary on the Draft Articles on MFN Clauses sheds further light on the operation of the rule:

“No writer would deny the validity of the ejusdem generis rule which, for the purposes of the most-favoured-nation clause, derives from its very nature. It is generally admitted that a clause conferring most-favoured-nation rights in respect of a certain matter, or class of matter, can attract the rights conferred by other treaties (or unilateral acts) only in regard to the same matter or class of matter.

The effect of the most-favoured-nation process is, by means of the provisions of one treaty, to attract those of another. Unless this process is strictly confined to cases where there is a substantial identity between the subject matter of the two sets of clauses concerned, the result in a number of cases may be to impose upon the granting State obligations it never contemplated. Thus the rule follows clearly from the general principles of treaty interpretation. States cannot be regarded as being bound beyond the obligations they have undertaken.”

213. In the present matter, both the Basic Treaty and the invoked Comparator BIT provide not only substantive protections for investments but also investor-State dispute resolution mechanisms for disputes arising out of qualifying investments. There is, in this sense, not only an identity between the subject matter of the two invoked dispute resolution clauses but also between the subject matter of the whole of both treaties. In this respect the two invoked treaties fall within the mainstream of modern international investment agreements, almost all of which include some sort of provision concerning the administration of justice in relation to the private rights of investors arising under the agreements.

214. One may observe in the two treaties, to use the ILC’s words, “a substantial identity between the subject-matter of the two sets of clauses concerned”. Moreover, there is a clear and logical connection between the subject matter of the clauses and the subject matter of the invoked treaties.

215. As such, the application of the ejusdem generis rule cannot on its own categorically exclude international dispute resolution from the potential ambit of the German-Argentine BIT’s MFN clauses. Nor, however, can it demonstrate that the ambit of the Treaty’s MFN clauses necessarily includes international dispute resolution. The ejusdem generis rule merely identifies the outer limit of the clauses’ field of application; it cannot tell us which particular subject matters, within that outer limit, the clauses were actually intended to cover. As stressed by the Ambatielos Commission, the latter question “can only be determined in accordance with the intention of the Contracting Parties as deduced from a reasonable interpretation of the Treaty”. This is so, in the ILC’s words, because “States cannot be regarded as being bound beyond the obligations they have undertaken.”

216. As applied to the German-Argentine BIT, then, the outer limits set by the ejusdem generis rule are broad enough to encompass international dispute resolution within the meaning of the Treaty’s MFN clauses. Argentina’s assertions to the contrary must therefore be rejected. This conclusion renders the Claimant’s proposed interpretation plausible. It does not, however, in any way diminish the present Tribunal’s duty to determine, upon a preponderance of all the arguments, whether Germany and Argentina intended to include international dispute resolution within the reach of the Treaty’s MFN clauses. The Tribunal therefore turns to examine the meaning of those MFN clauses in light of their wording and context.

(...)

240. Pursuant to the MFN guarantees in Article 3 of the BIT, the Contracting State Parties may not, in their territory, subject the investments or investors of the other Contracting Party to treatment that is “less favorable” than that accorded to third States’ investors and investments. Article 4(4), within its more limited sphere of application, articulates the same

idea in inverse terms, requiring the Contracting States to afford “most-favored-nation treatment”. Thus, the BIT’s MFN clauses apply only where the treatment accorded under the Basic Treaty is less favorable or the treatment under a comparator treaty is more favorable. Since this Tribunal has already concluded that the wording of Articles 3 and 4 of the BIT as centered on the phrase “treatment in its territory” does not permit it to agree with the Claimant’s thesis, it is not strictly necessary to examine the requirement that the comparator treatment invoked must be more favorable. Even if such an examination were necessary, the Tribunal could not at present reach the same conclusion as the Claimant on this point.

241. The words “less” and “more” are, by their nature, relative terms. They necessitate a comparison between the two types of treatment invoked. Arbitral Tribunals have adopted varying approaches, but surprisingly few have actually engaged in any kind of comparative scrutiny. Some appear to have accepted without question the claimant’s characterization of a comparator treaty’s dispute resolution provisions as more favorable. This was the case, for example, with the Maffezini and Siemens Tribunals. Other Tribunals have made explicit findings, but in conclusory fashion, without providing any reasoning. Still other Tribunals appear to have equated “no less favorable” with “same”. In the words of one Tribunal:

“granting a treatment to Spanish investors that is no less favorable than that granted to French investors would mean that the Spanish investors would be able to invoke international arbitration against Argentina on the same terms as French investors.”

242. Yet neither the ILC in its Draft Articles on MFN clauses nor the much-cited Ambatielos arbitral commission conflated MFN treatment with equal treatment, nor did they express any unease with the task of objective comparison. The ILC specifically eschewed any reference to the word “equal” in its Draft Articles on MFN clauses. In explaining why, the Commission’s Commentary acknowledged that “the notion of ‘equality of treatment’ is particularly closely attached to the operation of the most-favoured-nation clause.” It also pointed out, however, that “equal” is not the same as “identical”. This implies “different” does not automatically mean “less favorable”. Rather, the point of MFN clauses is to ensure overall equality of treatment in the sense of creating a level playing field between foreign investors from different countries, even if this is sometimes accomplished through non-identical means.

243. More fundamentally, however, the “different = less favorable” hypothesis proves false in situations where the provisions of the basic treaty may actually be more favorable than those of the comparator treaty. As the ILC noted, “while most-favoured-nation treatment excludes preferential treatment of third States by the granting State, it is fully compatible with preferential treatment of the beneficiary State by the granting State”. Any Tribunal called upon to interpret and apply an MFN clause must therefore satisfy itself that the comparator treaty provision invoked by means of the clause is indeed more favorable than that of the basic treaty. This requires an objective determination by the Tribunal; an invoking party’s bald assertions will not suffice.

244. Applying these principles to the present matter, the Tribunal could not endorse the Claimant’s proposed use of the MFN clause unless it could determine that the dispute resolution provisions of Article 10 of the German-Argentine BIT (the “Basic Treaty”) are objectively less favorable than those of Article X of the Chilean-Argentine BIT (the “Comparator Treaty”). Article X of the Comparator Treaty allows investors to proceed to international arbitration immediately upon fulfillment of a 6-month negotiation period. The Claimant asserts that this is more favorable than Article 10 of the Basic Treaty, which requires investors to first submit the dispute to the domestic courts of Argentina for 18 months before proceeding to international arbitration. On the other hand, Article X of the Comparator Treaty contains a fork-in-the-road clause, whereas Article 10 of the Basic

Treaty does not. Thus, an investor operating under the Basic Treaty's dispute resolution provisions receives two bites at the apple: once before the domestic courts, and –if the investor is still not satisfied– again before an international arbitral Tribunal. An investor operating under the Comparator Treaty, by contrast, receives only one chance to obtain a satisfactory outcome. Such an investor must choose either domestic or international dispute resolution, and once the choice is made, it is irrevocable. Which provision is more favorable, then?

245. *It might be tempting to simply accept the Claimant's assertion that the Comparator Treaty is more favorable under the assumption that it must be more favorable if the Claimant prefers it. The problem, however, is that claimants' preferences are subjective. It is certainly conceivable that some future claimant may instead prefer to have two successive chances for a favorable outcome under the Basic Treaty rather than proceed immediately to international arbitration under the Comparator Treaty. This is particularly so since recent trends indicate that the costs of international arbitration may be quite high relative to the costs of domestic dispute resolution, and the average time required to resolve disputes via international arbitration may equal or exceed that of domestic court processes.*

246. *Simply accepting a claimant's assertions, therefore, could lead to a situation wherein the terms "more" and "less" favorable have no objective meaning at all, but rather depend upon the whim of the individual claimant in each particular case. It is difficult to believe that the Contracting State Parties to the BIT intended to commit themselves to international legal obligations, which derive not from an objective appreciation of the text of the Treaty but from the subjective perceptions of individual claimants.*

247. *Moreover, under Article 10 of the Germany-Argentina BIT, if the Claimant submits its claims to the domestic courts of Argentina for 18 months and does not obtain satisfactory results within that period, it remains at liberty to pursue international arbitration thereafter. Should it opt to do so, it will be in a position to submit to an international arbitral Tribunal objective evidence of its treatment in the domestic courts of Argentina – including the actual costs expended therein, any recompense obtained, and any opportunity costs suffered by reason of the delay in the full satisfaction of its claims. In other words, the Claimant could add to its other claims an additional claim concerning its treatment in the Argentine courts, which if proven would be fully compensable, with interest, in the same manner as any other treaty violation. That is to say, any violation due to less favorable or discriminatory treatment would be compensated in accordance with the ordinary general international law principle of full reparation.*

248. *The BIT provides two avenues under which the Claimant could proceed. The first is provided by the MFN clauses themselves and the second by its arbitrary and discriminatory treatment clause. Both sets of clauses protect German investors such as the Claimant from suffering less favorable treatment than that enjoyed by foreign investors under other BITs. If domestic dispute resolution turns out to be ineffective, the Claimant can recuperate the costs of this process in its subsequent international arbitration proceedings. On the other hand, if the Claimant's claims are resolved to its satisfaction in the Argentine courts in a timely and cost efficient manner, then the Claimant will have no basis for either an MFN claim or a discriminatory treatment claim and will have no need to proceed to international arbitration.*

249. *In either case, the basic purpose of the MFN clauses will have been fulfilled. The Claimant will have been treated at least as well as the investors of third States. It will have experienced no competitive disadvantage as a result of the 18-month domestic courts submission requirement. At the end of the day, the Claimant will have enjoyed, alongside other foreign investors, a "fundamental equality without discrimination among all of the countries concerned".*

250. This Tribunal need not worry, therefore, that rejecting the Claimant's bid to skip over the Basic Treaty's 18-month domestic court submission requirement will result in the Claimant receiving treatment, in the territory of the Host State, that is ultimately less favorable than that extended to Chilean investors under the Comparator Treaty. The Claimant may have to follow a different procedural route than similarly situated Chilean investors. But that route will, at worst, ultimately protect the Claimant's rights on an equal par with those investors. At best, it may even do so more quickly or cheaply. The weight of the arguments therefore does not indicate that the Comparator Treaty's dispute resolution provisions are objectively more favorable than those of the Basic Treaty. As a consequence, the Basic Treaty's MFN clauses do not presently come into play. This finding is without prejudice to any MFN claims the Claimant may present at the merits stage upon satisfaction of the Treaty's jurisdictional pre-requisites".

La Decisión sobre Jurisdicción, derecho aplicable y responsabilidad dictada en el caso *Electrabel S.A., c. Hungría* (Caso CIADI n° ARB/07/19), resolvió distintas objeciones a la jurisdicción del Tribunal, entre las que figura la relativa al consentimiento al arbitraje CIADI prestado conforme a los Artículos 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía y 25 del Convenio CIADI.

Respecto a la jurisdicción arbitral del CIADI, el demandante afirmó haber satisfecho las condiciones requeridas por el Tratado sobre la Carta de la Energía y el Convenio CIADI. En efecto, el demandante era una empresa radicada en Bélgica y tanto el Estado demandado como Bélgica eran partes, tal como exige el Artículo 25.1 del Convenio CIADI. Además, existía una controversia jurídica relativa a sus derechos conforme al Tratado sobre la Carta de la Energía, surgida directamente de una inversión íntimamente conectada a los derechos y expectativas nacidos de una operación realizada con activos de la parte demandante. Así las cosas, el demandante sostenía que el Artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía constituye una oferta a la jurisdicción arbitral para las controversias surgidas entre una Parte Contratante (el demandado) y el inversor de otra Parte Contratante (el demandante) conforme al Artículo 1.7.a.i) de este instrumento. Por el contrario, el demandado argumentaba que no podía ser declarado responsable por las acciones de la Comisión Europea (incluyendo su Decisión Final de 4-6-2008), pues no se puede atribuir responsabilidad al Estado por la conducta de un actor independiente como es la Comisión Europea.

A diferencia del demandado, la Comisión Europea sostenía que la reclamación debía ser desestimada al entender que la demanda arbitral pretendía impugnar el Derecho de la UE. El Tribunal aceptó que la Comisión Europea pudiera intervenir en el procedimiento como parte no litigante (*amicus curiae*) y presentar observaciones escritas ante el Tribunal conforme al Artículo 37.2 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. En opinión de la Comisión, se trataba de una controversia “intracomunitaria” entre un inversor belga y un Estado miembro de la UE. Por tal motivo, el Tribunal no debía asumir la jurisdicción sobre reclamaciones relativas a materias que caen en la esfera de competencia de la UE –régimen de ayudas de Estado– y que podrían desencadenar la responsabilidad de ésta última conforme al Tratado sobre la Carta de la Energía. En efecto, el hecho de que en el momento de ratificar el Tratado sobre la Carta de la Energía –un “acuerdo mixto”– no se hiciera una declaración clarificando la distribución de competencias entre la

Comunidad Europea y sus Estados miembros, no significa que cualquier conducta de un Estado miembro automáticamente se refiriese a asuntos que están dentro de su competencia soberana.

Cuando la Comisión Europea presentó su declaración ratificando el Tratado sobre la Carta de la Energía conforme a su Artículo 26.3.b.ii), quiso precisar que tanto las Comunidades Europeas como sus Estados miembros podían ser internacionalmente responsables por las conductas realizadas en el contexto del Tratado. La Comisión sostuvo que, conforme al Tratado sobre la Carta de la Energía y al DI general, el Tribunal debía atribuir la medida en cuestión a la Comunidad Europea y no a Hungría. También argumentó que el Tratado sobre la Carta de la Energía debía interpretarse de manera que se evitara cualquier conflicto con el Derecho de la UE en base al principio de “interpretación armoniosa”, que forma parte de los principios interpretativos aplicables a los tratados codificados en el Artículo 31 del CVDT. Además, un laudo arbitral contrario a las obligaciones jurídicamente vinculantes para Hungría, en tanto Estado miembro de la UE, no podría ser ejecutado en virtud de la supremacía del Derecho de la UE. En consecuencia, el Tratado sobre la Carta de la Energía se aplicaría en las relaciones entre Bélgica y el demandado sólo en la medida que sus disposiciones fuesen compatibles con el Acta de Adhesión de Hungría de 2004 y con el Derecho de la UE.

El Tribunal entró a comentar con detalle las observaciones presentadas por la Comisión Europea y rechazó las objeciones planteadas a su jurisdicción fundándose en tres motivos:

“5.32. [...] First, the Tribunal repeats its analysis and decisions regarding applicable law in Part IV of this Decision, including its conclusion that there exists no relevant inconsistency between EU law, the ECT and the ICSID Convention in the present case, as regards both the merits of the Parties’ dispute and the Tribunal’s jurisdiction to decide this dispute, including (particularly) the PPA Termination Claim.

5.33. Second, the Tribunal notes that the Claimant, contrary to the submissions of the European Commission is not, albeit a “Community investor”, bringing “a case against the Community before an international arbitration Tribunal against a Community measure” (...).

5.34. As acknowledged by the Respondent itself in response to the Commission’s submissions, the Claimant’s claim is limited to whether the Respondent’s own acts in terminating the PPA violated the ECT. Is confirmed by the Claimant to the Tribunal’s satisfaction on several occasions, the Claimant is not here impugning the validity of the European Commission’s Final Decision of 4 June 2008 under EU law or the ECT; nor is the Claimant attacking any act of the Commission (or other EU institution), whether by alleging liability against the European Union (including the Commission) or by seeking to attribute liability to the Respondent for any act of the European Union.

5.35. In the Tribunal’s view, the Claimant’s claim, being advanced only against the Respondent under the ECT, is brought against the right party; and, as pleaded, its claim could not be made against the European Union. Moreover, this ICSID arbitration is not the wrong forum for the dispute between these Parties: this is a claim by the Claimant against the Respondent referred to ICSID arbitration under Article 26(4)(a)(i) ECT. It could not be

made against the European Union under Article 26 ECT and the written statement made by the European Communities under Article 26(3)(b)(iii) ECT.

5.36. [...] Contrary to the European Commission's submission, this arbitration is not "international litigation" against Community measures. In these circumstances, the Tribunal does not here address what the position might be if the Claimant were impugning a Community measure, e.g., the European Commission's Final Decision of 4 June 2008.

5.37. Third, this Tribunal is an international Tribunal established under the ECT and the ICSID Convention. From its perspective under international law, the Tribunal notes the establishment under international law of the Parties' consent to international arbitration under the ICSID Convention and also the effect of Article 26 of the ICSID Convention, providing for ICSID arbitration "to the exclusion of any other remedy". It is therefore no answer for the European Commission to submit that the "proper avenue" for the Claimant lies only in "the Community courts", whether the Respondents' own national courts or the ECJ".

5.38. Accordingly, subject only to the remaining issues raised by the Respondent, the Tribunal concludes that it has jurisdiction to decide the entirety of the Parties' dispute, including the Claimant's PPA Termination Claim (...)"

La Decisión sobre jurisdicción dictada en el caso *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/09/1), resolvió las cuatro excepciones a la jurisdicción del Tribunal planteadas por Argentina, estando referida la primera de ellas a cuestiones que afectan al consentimiento de las partes al arbitraje.

En efecto, la primera excepción a la jurisdicción se refiere al cumplimiento de los requisitos procesales previstos en el Artículo X del APPRI celebrado entre Argentina y España. En concreto, la demandada alegó que las demandantes no intentaron la solución de la controversia amigablemente, como lo exigen los Artículos X.1 y X.2 del APPRI, y tampoco sometieron la controversia a los tribunales locales argentinos durante el período de 18 meses antes de acudir al arbitraje internacional, como prevé el Artículo X.3. Por su parte, las demandantes presentaron dos respuestas a esta cuestión a través de dos argumentos alternativos. En primer lugar, afirmaban estar facultadas a invocar la cláusula de NMF del Artículo IV.2 para beneficiarse de la cláusula de solución de controversias más favorable establecida en otros APPRI concluidos por Argentina. En segundo lugar, las demandantes sostenían que incluso si la cláusula de NMF del APPRI no les permitía invocar las cláusulas de solución de controversias previstas en otros APPRI, habían cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo X o, alternativamente, deberían ser eximidas de cumplir con los requisitos del Artículo X por razón de su falta de eficacia.

Respecto a la satisfacción de los requisitos del Artículo X.1 y X.2 del APPRI, el Tribunal convino con las demandantes que la interpretación más natural de este precepto, leído de forma conjunta, conlleva que las partes deben hacer cuanto esté a su alcance para resolver de manera amigable la controversia, y que deben hacerlo durante seis meses antes de iniciar la fase siguiente. Respecto al inicio del período de seis meses que exige el Artículo X.2, el Tribunal entendió que el "momento relevante" para

computar dicho período no es cuando se produce la conducta objeto de la controversia, sino el “momento en que surgió el *desacuerdo*”, que sólo puede ocurrir cuando las partes han “intercambiado puntos de vista”. En cuanto a la notificación formal, el sentido corriente del Artículo X.1 sugiere que este precepto no exige que las partes envíen una notificación formal para activar las negociaciones, pues la única exigencia para que exista una controversia conforme al Artículo X.1 es que la misma se suscite “en relación con las inversiones”.

La jurisprudencia reciente de la CIJ avalaría esta postura al afirmar que no existe, con carácter general, un requisito que exija notificar por un cauce formal que se están desarrollando negociaciones en el contexto de un tratado para dar por satisfecha la obligación de entablar negociaciones exigida en una cláusula compromisoria, como así lo ha manifestado en el *Caso relativo a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa)*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 1 de abril de 2011, párrafo 30. Por tanto, tanto la redacción del Artículo X como la jurisprudencia internacional demuestran que, en las circunstancias del caso, las demandantes no estaban obligadas a entablar una negociación formal conforme al APPRI o notificar a la demandada su intención de recurrir al arbitraje del CIADI también conforme al APPRI.

Considerando que no era necesaria una notificación formal de la controversia ni del inicio de las negociaciones, el Tribunal debía determinar cuándo se inició la controversia. Teniendo en cuenta que la Solicitud de Arbitraje se presentó el 11-12-2008, la fecha crítica sería el 11-6-2008, esto es, seis meses antes. Las demandantes identificaron dos “cuestiones fundamentales” que forman parte del *objeto* de la controversia: 1) un desacuerdo sobre el marco regulatorio aplicado a las demandantes (respecto de las tarifas máximas del transporte aéreo impuestas a *Aerolíneas Argentinas*); y 2) un desacuerdo respecto de la indemnización debida a las demandantes por la expropiación de su inversión (mediante la expropiación directa de las acciones de *Interinvest* por parte de la demandada). En cuanto a la existencia de una “controversia”, el Tribunal señaló que:

“119. Las cortes y los Tribunales internacionales concuerdan en que para que exista una controversia, debe haberse cristalizado en un desacuerdo efectivo. Como resolviera la CIJ en el caso *Mavrommatis*, “una] controversia es un desacuerdo respecto de una cuestión de hecho o de derecho, un conflicto de posiciones jurídicas o intereses entre dos personas”. Cabe destacar que “una de las partes se opone positivamente a la reclamación de la otra”. El Tribunal del caso *Maffezini* reconoció que la controversia “debe referirse a problemas claramente identificados entre las partes y no debe ser meramente académica... La controversia debe ir más allá de reclamaciones generales y ha de ser susceptible de ser expuesta en términos de una reclamación concreta”. Una notificación formal y diplomática de un inversor a un Estado Receptor solicitando mayor ayuda no expresa necesariamente por sí sola un desacuerdo sobre los derechos y obligaciones de las partes. Por el contrario, sólo se puede considerar que existe una controversia cuando mediante una solicitud se “expresa indudablemente un desacuerdo sobre derechos y obligaciones”.

El Tribunal consideró que sí existía un desacuerdo entre las partes respecto del *trato regulatorio* acordado a *Aerolíneas Argentinas* desde antes de la fecha del 11-6-2008, y

que las partes habían negociado extensamente en relación con dicho desacuerdo. En cambio, no estaba tan claro que hubiera un desacuerdo respecto de la expropiación de las acciones de *Interinvest* antes de la fecha crítica. Por tanto, la cuestión radicaba en determinar si, con fecha de 11-6-2008, existía un *desacuerdo respecto del tratamiento regulatorio de las Aerolíneas Argentinas* (lo que se estaba negociando) a los fines del Artículo X.2, pese a que no hubiera cristalizado claramente un desacuerdo respecto de la valoración de las acciones de *Interinvest* en *Aerolíneas Argentinas*, finalmente expropiadas. A tal efecto, el Tribunal se preguntó si ambos desacuerdos están entrelazados de tal manera que las negociaciones respecto del primer desacuerdo bastarían para satisfacer el requisito del Artículo X.2, considerando que:

“123. La respuesta a esta pregunta es afirmativa. La jurisprudencia internacional señala que el objeto de las negociaciones debe ser el mismo que el de la controversia planteada ante el Tribunal. En el reciente caso Georgia c. Rusia, la CIJ señaló que “los intercambios deben referirse al objeto del tratado con claridad suficiente como para que el Estado contra el cual se plantea la reclamación pueda entender que existe o que podría existir una controversia en relación con dicho objeto. El Tribunal del caso CMS se refirió a la existencia de diversos tipos de actos de gobierno que podían constituir controversias, y en tal sentido señaló que “en tanto [estos diversos tipos de actos de gobierno] afecten al inversionista en violación de sus derechos y se refieran a la misma materia, el hecho de que puedan originarse en fuentes diferentes o surgir en momentos distintos tampoco significa necesariamente que las controversias sean separadas y diferentes.

124. Las Demandantes han caracterizado el objeto de su controversia como relativo al tratamiento conferido por la Demandada a las inversiones de las demandantes en las Aerolíneas Argentinas e Interinvest. La Demandada ha replicado que las negociaciones entre las Partes se referían exclusivamente a cuestiones contractuales y de derecho interno, que difieren del objeto de una reclamación surgida del TBI. No obstante ello, el único argumento de la Demandada es una afirmación de carácter general de que la reclamación debe plantearse en los mismos términos (y, dentro de lo posible, sobre la base de las mismas teorías) al negociar que cuando finalmente se somete a arbitraje. Una vez más, la referencia del Artículo X.1 a “controversias que surgieren...en relación con las inversiones” no exige en absoluto que la controversia deba plantearse exclusivamente con fundamento en una violación del Tratado.

125. Dado que la expropiación formal alegada parece guardar una estrecha relación y ser el corolario de un proceso o, en las palabras de las Demandantes, “no fue sino la culminación de una expropiación formal” iniciada en octubre de 2004, se podría concluir razonablemente que las dos cuestiones se encuentran relacionadas hasta tal punto que comparten el objeto. Por consiguiente, puesto que la controversia había cristalizado con anterioridad al 11 de junio de 2008 y que las Partes siguieron intercambiando opiniones y trabajando para resolver esta cuestión, resulta claro que las Demandantes cumplieron con el requisito de negociar amigablemente durante seis meses”.

Asimismo, la demandada señaló que las demandantes incumplieron el Artículo X.2 y X.3, que exige que la controversia se someta a los tribunales locales del Estado receptor durante 18 meses antes de poderla someter al arbitraje internacional.

“132. El Tribunal discrepa con la afirmación de la Demandada de que el objeto del juicio de expropiación planteado ante un Tribunal local difiere del objeto del presente arbitraje. Es cierto que el proceso ante el Tribunal argentino se refería exclusivamente a la determinación del valor de los bienes expropiados, en tanto que el procedimiento ante el

CIADI plantea cuestiones específicas relativas a la validez de la expropiación (a saber, el trato justo y equitativo, medidas arbitrarias e injustificadas y protección y seguridad plenas). No obstante ello, en esencial, el objeto de ambos procedimientos es la indemnización a las Demandantes (y a Interinvest, en el caso del proceso ante el tribunal argentino) por la pérdida sufrida en razón de la nacionalización.

(...)

134. Asimismo, el Tribunal observa que el Tratado faculta a cualquiera de las partes a iniciar procedimientos ante los Tribunales locales a los fines del Artículo X. En este caso, fue la Demandada la que planteó la controversia contra Interinvest. Por consiguiente, la forma en que han sido planteados los procedimientos por la Demandada ante los Tribunales locales no pueden convertirse en una excepción exitosa contra las Demandantes por no haber cumplido con los requisitos procesales del Artículo X, siempre y cuando el objeto de la controversia conforme al Tratado haya sido objeto de análisis en el proceso local, tal y como ha sucedido en este caso.

135. Por último, si bien las Demandantes admiten que el plazo de 18 meses no había transcurrido al momento de presentar la Solicitud de Arbitraje, acertadamente señalan que sí han transcurrido 18 meses desde entonces, y el procedimiento interno se encuentra aún pendiente de resolución. Por tanto, el objetivo último de este requisito, es decir, el darles a los Tribunales locales la posibilidad de analizar las medidas controvertidas, se ha cumplido. Exigirles a las Demandantes que comiencen nuevamente y vuelvan a presentar este arbitraje hoy, habiéndose cumplido el plazo de 18 meses, sería sólo una pérdida de tiempo y recursos”.

El Tribunal fundó su razonamiento en la jurisprudencia de la CIJ dictada en el *Caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia)*, Excepciones Preliminares, Sentencia, *I.C.J. Reports* 1996 (II), párrafo 26. Por todo lo expuesto, el Tribunal concluyó que las demandantes habían cumplido los requisitos previstos en el Artículo X.1 y X.3 del APPRI.

No obstante, en su Solicitud de Arbitraje las demandantes invocaron la cláusula de NMF prevista en el Artículo IV.2, afirmando que dicha cláusula autorizaba a invocar “el tratamiento más favorable acordado a los inversiones”, por ejemplo, conforme al APPRI celebrado entre los Estados Unidos de América y Argentina o, como manifestaron en su Memorial de Contestación, de acuerdo a las disposiciones de solución de controversias del APPRI celebrado entre Australia y Argentina. En su análisis sobre esta cuestión el Tribunal entendió que, en principio, la redacción del Artículo IV.2 es amplia, ya que se aplica a “todas las materias regidas por el presente Acuerdo”. Resulta ilustrativo que otros APPRI hayan restringido la aplicación del tratamiento de NMF a una categoría más acotada de actividades que la redacción amplia del Artículo IV.2, que se refiere a “todas las materias”. Asimismo, otros párrafos del Artículo IV del APPRI contienen excepciones explícitas a la aplicación del tratamiento de NMF:

“164. [...] El Artículo IV(3) dispone que el tratamiento de NMF no se extenderá al tratamiento que una Parte conceda a terceros debido a su participación en una zona de libre comercio; una unión aduanera; un mercado común; un acuerdo de integración regional; o una organización de asistencia económica mutua. El Artículo (4) IV dispone que el tratamiento de NMF no se aplicará al tratamiento concedido por cualquiera de las

Partes a inversores de terceros países en materia de deducciones fiscales o disposiciones similares. Las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad no forman parte de este listado de excepciones expresas.

165. El Tribunal observa que la jurisprudencia de arbitraje de inversiones respecto del significado corriente de las cláusulas de NMF no ha sido del todo uniforme, incluso en casos fundados en el mismo TBI. Cabe destacar, no obstante, que en todos los casos en los que se analizó el Artículo IV (2) del Tratado se concluyó que la fórmula amplia de la cláusula de NMF incluye las cláusulas de resolución de controversias del Artículo X. No obstante ello, otros Tribunales han discrepado. El TBI Bélgica/Luxemburgo-Unión Soviética que aplicó el Tribunal del caso Berschader contenía una referencia a “todas las materias” similar a la del TBI España-Argentina. Sin embargo, el Tribunal del caso Berschader desestimó el intento de la demandante de utilizar la cláusula de NMF. A diferencia de los Tribunales que resolvieron los casos Maffezini, Gas Natural y Suez, el Tribunal del caso Berschader señaló que “todas las materias regidas por el presente Tratado” no se puede interpretar en forma “literal”, ya que la cláusula de NMF no es susceptible de aplicación a muchas de las cuestiones reguladas por un TBI”.

El Tribunal pasó revista a la jurisprudencia sobre la aplicación de la cláusula de la NMF a las disposiciones sobre solución de controversias, para lo que tomó como base la publicación de la CNUDMI acerca del Trato de Nación Más Favorecida (“*Most-Favoured-Nation Treatment*”, UNCTAD *Series on International Investment Agreements*), que clasifica los casos en dos categorías. En la primera categoría las demandantes invocaron la cláusula de trato de NMF para dejar sin efecto un requisito procesal que constituye una condición para el sometimiento de la reclamación al arbitraje internacional. La CNUDMI califica esta categoría de casos como relativos a los requisitos de “admisibilidad”. En la segunda categoría, las demandantes “han intentado aplicar la cláusula de NMF para ampliar el umbral jurisdiccional, es decir, el ámbito de facultades del Tribunal de arbitraje, más allá del definido en el tratado base”. La utilización de la cláusula de NMF daría al Tribunal la competencia para conocer de materias o diferencias no contempladas o no expresamente excluidas del tratado. La CNUDMI clasifica esta categoría de casos relativa al “alcance de la competencia”:

“170. Dentro de la categoría de “admisibilidad” la UNCTAD identifica los siguientes casos: Maffezini, Siemens, Gas Natural, National Gris, Suez InterAguas, AWG Group, y Wintershall. A estos casos, el Tribunal agregaría Impregilo, Hochtief, Abaclat, ICS, y Daimler (...) Las demandantes en estos casos invocaron la cláusula de NMF establecida en sus TBI para “tomar prestada” una cláusula de resolución de controversias de otro tratado que no establecía el requisito de recurrir a los Tribunales locales como requisito previo al arbitraje. Con excepción de los casos Wintershall, ICS y Daimler, en todos los casos se impuso el argumento de las demandantes.

171. Por su parte, la UNCTAD incluye los casos que se enumeran a continuación dentro de la categoría de “alcance de la competencia”: Salini, Plama, Telenor, Berschader, y Tza Yap Shum. En estos casos, las demandantes invocaron la cláusula de NMF para ampliar el alcance de la jurisdicción establecido en el TBI correspondiente (...).

172. Surge claramente de la taxonomía descrita supra que la posición de las demandantes se inscribe dentro de la categoría de casos de “admisibilidad” citados por la UNCTAD, dentro de la cual los Tribunales por lo general resuelven a favor de la aplicación de la cláusula de NMF. Las Demandantes buscan aplicar la cláusula de NMF del Tratado a fin de obviar los requisitos del Artículo X, a saber, que las partes intenten resolver la

controversia amigablemente durante 6 meses y que se someta la controversia a los Tribunales locales durante 18 meses”.

Asimismo, los Tribunales han discrepado respecto de si las cláusulas de solución de controversias constituyen una protección esencial de los inversores extranjeros. Muchos Tribunales, basándose en el caso *Maffezini*, han resuelto que estas cláusulas constituyen un elemento esencial del “trato” debido a los inversores. En concreto, el Tribunal sostuvo que:

“181. A la luz de este análisis, el Tribunal está consciente de la preocupación manifestada por numerosos Tribunales de que el alcance de la cláusula de NMF no puede extenderse más allá de los límites apropiados. El Tribunal también reconoce que la naturaleza de las cláusulas de resolución de controversias que las Demandantes intentan sustituir mediante la cláusula de NMF del Artículo IV (2) es relevante a los fines de esta resolución.

182. En tal sentido, al Tribunal le resulta significativo que las Demandantes no hayan solicitado al Tribunal que aplique la cláusula de NMF para sustituir las disposiciones del Tratado respecto del foro o las normas del arbitraje. Las Demandantes tampoco han solicitado al Tribunal que aplique la cláusula de NMF a fin de ampliar el alcance de las cuestiones legales que se pueden resolver por vía de arbitraje. Por el contrario, han alegado que los requisitos procesales del Artículo X, a saber, los requisitos de negociar y de recurrir a los Tribunales locales se pueden dejar sin efecto para aplicar una cláusula de resolución de controversias con menos exigencias procesales como la establecida en el TBI Australia-Argentina.

(...)

186. Para concluir, el Tribunal entiende que las Demandantes pueden invocar la cláusula de NMF del Artículo IV (2) del Tratado para acceder a las disposiciones de resolución de controversias establecidas en el Artículo 13 del TBI Australia-Argentina. La fórmula “todas las materias” utilizada en la cláusula de NMF del Artículo IV (2) es concluyentemente inclusiva. Asimismo, al aplicar las cláusulas de resolución de controversias establecidas en el Artículo 13 del TBI Australia-Argentina no se modifica el alcance, el foro ni las normas aplicables al presente arbitraje. Las Demandantes han satisfecho los requisitos del Artículo 13 del TBI Australia-Argentina, que dispone que toda controversia “será resuelta, en la medida de lo posible, en forma amistosa”, y que permite al inversor someter la controversia a arbitraje internacional cuando no pudiera ser resuelta por esa vía. Claramente, las Demandantes han cumplido con esta disposición”.

2. La jurisdicción *ratione materiae* y *ratione personae*: el concepto de inversión extranjera y la nacionalidad del inversor

El Laudo dictado en el caso *Iberdrola Energía S.A. c. Guatemala* (Caso CIADI n° ARB/09/5) resolvió la excepción a la jurisdicción presentada por Guatemala alegando falta de jurisdicción *ratione materiae*.

Según ambas partes la excepción planteada se refería exclusivamente a la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal. Para la demandada, esta excepción se basaba en el hecho de que la demandante no había sometido al Tribunal una reclamación “*respecto a cuestiones reguladas en el Tratado*”, como exige su Artículo 11, puesto que la controversia planteada tenía como objeto un mero desacuerdo regulatorio y/o

contractual de derecho interno guatemalteco. Por el contrario, para la demandante el argumento según el cual las controversias surgidas en el ámbito “regulatorio” no pueden dar lugar a una reclamación internacional resultaba tardío, pues ya durante las negociaciones previas al arbitraje Guatemala había invocado los estándares de protección del APPRI.

El consentimiento de la demandada para el arbitraje de inversiones fue dado de acuerdo al Artículo 11 del APPRI celebrado entre España y Guatemala. En este contexto, el Tribunal debía verificar el alcance del consentimiento a la jurisdicción del CIADI, es decir, si se trataba de un consentimiento amplio, que incluye cualquier controversia comprendida dentro del campo de aplicación del Artículo 25 del Convenio CIADI, o si ese consentimiento estaba, de alguna manera, restringido. A tal efecto, el Tribunal señaló lo siguiente:

“289. En primer lugar, el Tribunal analizará dos aspectos de la excepción a la jurisdicción planteada por la Demandada que considera especialmente relevantes. Por una parte, la Demandada cuestiona la naturaleza internacional de las reclamaciones de la Demandante, señalando que no son competencia de un Tribunal constituido al amparo del Convenio del CIADI. Por la otra, considera que el Artículo 11 del Tratado es restrictivo en cuanto al tipo de controversias sobre las cuales tiene competencia el Tribunal, porque únicamente admite la discusión de controversias “respecto a cuestiones relacionadas con el presente Acuerdo”, en contraste con otros tratados concluidos por España y Guatemala que utilizan un lenguaje amplio para extender la jurisdicción del CIADI y la competencia de los Tribunales arbitrales a “cualquier controversia”, “toda controversia”, “la controversias”, “las diferencias” o “toda clase de controversias o diferencias” sobre la inversión de un inversionista protegido, sin ninguna otra calificación”.

(...)

299. En lo que se refiere a la interpretación del consentimiento de la República de Guatemala, expresado en el Artículo 11 del Tratado, por tratarse de un consentimiento dado en un tratado internacional el Tribunal considera necesario aplicar la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y, particularmente, su Artículo 31(1) (...)

(...)

301. Con respecto al texto y al contexto, el sentido natural de las palabras sugiere que las controversias para las cuales dio su consentimiento la República de Guatemala son aquellas que surgen “respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo”. No se trata de una expresión amplia que comprenda cualquier tipo de controversias; ni siquiera se refiere a controversias derivadas de o relacionadas con una inversión, sino solamente a controversias referentes a cuestiones reguladas por el Tratado.

(...)

*304. El Tribunal acoge la tesis planteada por una parte de la doctrina especializada que ha identificado cuatro tipos de disposiciones en los tratados de protección de inversiones en lo referente al consentimiento. El primer grupo de tratados permite someter a arbitraje “todas” o “cualesquiera” controversias relativas a inversiones. El segundo grupo restringe el consentimiento al arbitraje –la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal– a las disputas que surjan de o que sean relativas a (i) una autorización de inversión; (ii) un contrato de inversión; o (iii) la alegación de una violación de cualquier derecho conferido, creado o reconocido por el respectivo tratado con respecto a una inversión. El tercer*

grupo restringe la materia del arbitraje entre el inversionista y el Estado exclusivamente a violaciones de las disposiciones sustantivas del tratado mismo. El cuarto y último grupo limita la jurisdicción ratione materiae del Tribunal a disputas acerca del quantum a pagar en el caso de una expropiación ilegal.

(...)

306. El Tribunal coincide en este punto con lo alegado por Guatemala en su escrito de Excepciones a la Jurisdicción, en cuanto a que el Tratado contrasta con otros tratados bilaterales de inversión suscritos por Guatemala y por España, que extienden la jurisdicción arbitral a “cualquier controversia”, “toda controversia”, “las controversias”, “las diferencias”, o “toda clase de controversias o de diferencias” en lo referente a la amplitud de la protección. El lenguaje del Tratado es restringido y correspondería a la tercera de las categorías mencionadas en el párrafo anterior, lo que significa que la República de Guatemala no dio un consentimiento amplio para someter a arbitraje cualquier tipo de controversias o diferencias relacionadas con inversiones efectuadas en su territorio, sino solamente aquellas relativas a violaciones de las disposiciones sustantivas del propio tratado.

(...)

308. Asimismo, en lo que se refiere al contexto (Artículo 31(2)) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), las Partes no alegaron, y menos aún probaron, la existencia de documentos o acuerdos entre los Estados que suscribieron el Tratado, que permitan llegar a la conclusión de que éstos entendieron o interpretaron el alcance de su consentimiento de una manera diferente.

309. En conclusión, considera el Tribunal que el consentimiento de la República de Guatemala para someter a arbitraje controversias al amparo del Tratado está claramente limitado a aquellas controversias relacionadas con “cuestiones reguladas por” el propio Tratado”.

A continuación, el Tribunal determinó si las controversias que la demandante sometió a arbitraje se refieren a “cuestiones reguladas por el Tratado” y el alcance de esta expresión:

“356. Para el Tribunal, es evidente que la controversia planteada por la Demandante en este arbitraje versa sobre derecho nacional guatemalteco y que la simple mención del Tratado y la calificación de las actuaciones de Guatemala que hace Iberdrola, conforme a los estándares de ese Tratado, no basta para que la controversia se convierta en una controversia sobre “cuestiones reguladas” por el Tratado”.

(...)

360. La Demandante, al sustentar su posición de que la presente controversia es internacional, alegó que Guatemala le reconoció ese carácter al crear una Comisión Interinstitucional que, de conformidad con el Acuerdo Gubernativo 128-2009, tenía el objeto inter alia de “apoyar y dar seguimiento al arbitraje internacional” iniciado por Iberdrola”.

361. El Tribunal no comparte la posición de la Demandante. La creación de una comisión como la mencionada no puede darle a una controversia el carácter de ser una controversia de derecho internacional. Admitir lo contrario llevaría al absurdo de que cualquier acto que efectúe un Estado para defenderse de una reclamación internacional, e incluso las

actuaciones que realice para conducir las negociaciones previas exigidas por ciertos acuerdos internacionales de inversión, implicaría un reconocimiento ex ante de que existe una controversia internacional, a la luz del instrumento aplicable al caso.

(...)

366. La única responsabilidad del Estado que cabe analizar dentro de la competencia de este Tribunal es la internacional, la cual se determina a la luz del derecho internacional. En este punto no tienen diferencias las Partes. Lo que Iberdrola tendría que haber demostrado es que la República de Guatemala violó las obligaciones que había contraído en un instrumento internacional, el Tratado, y que ello implica una violación de las obligaciones internacionales de Guatemala”.

Por todo lo expuesto, el Tribunal resolvió, por unanimidad, aceptar la excepción a la jurisdicción del CIADI y a la competencia con respecto a las peticiones de la demandante.

La Decisión sobre Jurisdicción, derecho aplicable y responsabilidad dictada en el caso *Electrabel S.A., c. Hungría* (Caso CIADI n° ARB/07/19), resolvió una objeción a la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal planteada conforme al Artículo 1.6 del Tratado sobre la Carta de la Energía y el Artículo 25 del Convenio CIADI.

Para el demandante su reclamación cumplía con los requerimientos jurisdiccionales para ser considerada una inversión conforme a la definición de “inversión” prevista en el Artículo 1.6 del Tratado sobre la Carta de la Energía y el Artículo 25 del Convenio CIADI. Por el contrario, la demandada sostenía que las participaciones empresariales de la demandante no constituían una “inversión” en los términos del Tratado sobre la Carta de la Energía, puesto que sus operaciones no estaban vinculadas con actividades económicas en el sector de la energía. En respuesta a los argumentos de las partes, el Tribunal arbitral consideró lo siguiente:

“5.43. Article 25 of the ICSID Convention requires that the dispute arises directly from an investment, but provides no definition of investment. While there is incomplete unanimity between Tribunals regarding the elements of an investment, there is a general consensus that the three objective criteria of (i) a contribution, (ii) a certain duration, and (iii) an element of risk are necessary elements of an investment. The so-called Salini test, often referred to by Tribunals, adds the criterion of a contribution to the economic development of the host state (...).

5.44. The Tribunal turns first to the application of ICSID Article 25 in the present case. The Tribunal considers that all the elements of the Claimant’s operation must be considered for the purpose of determining whether there is an investment under Article 25.

5.45. Applying the criteria of contribution, duration and risk to the comprehensive operation of the Claimant in Hungary, the Tribunal has no hesitation in concluding that the Claimant made an investment within the meaning of Article 25 of the ICSID Convention. Hence, the PPA and the other separate assets identified by the Claimant taken by themselves represent only elements of the overall operation, which constitutes the Claimant’s investment.

(...)

5.47. Article 1(6) ECT, read with Understanding IV, comprises a broad definition of investment as “very kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor”. This definition is followed by an illustrative list of assets that fall within the definition of an investment. The last paragraph of Article 1(6) provides that an investment under the ECT “refers to any investment associated with an Economic Activity in the Energy Sector”. The Tribunal interprets this wording as imposing a common requirement for an asset to be regarded as an investment under the ECT. This specification is explained by the particular nature of the ECT as a treaty designed for a specific sector of the economy, which distinguishes it from other investment treaties. The notion of “Economic Activity in the Energy Sector” is defined in Article 1(5) ECT as “an economic activity concerning the exploration, extraction, refining, production, storage, land transport, transmission, distribution, trade, marketing, or sale of Energy Materials and Products except those included in Annex NI, or concerning the distribution of heat to multiple premises.

5.48. In light of the extensive concept of “investment” found in the first sub-paragraph of Article 1(6) ECT, the Tribunal decides that the Respondent owns an investment in Hungary. That investment is constituted by the project taken as a whole comprising the Respondent’s interest in Dunamenti and all related assets, rights and claims directly or indirectly controlled by the Claimant, such as the power plant, Dunamenti and rights conferred by the PPA or by law.

(...)

5.50. For the investment so defined to fall within Article 1(6), the latter provision requires in its final paragraph that they be “associated with an economic activity in the energy sector”. It is clear from the ordinary meaning of the term that electricity generation constitutes an economic activity in the energy sector. Furthermore, in accordance with the definition contained in Article 1(5) ECT and the provisions of Annex EM paragraph 27.16 ECT and Annex NI ECT, the activities of “production” and “sale” of “electrical energy” as “energy materials” also constitute an “economic activity in the energy sector”.

(...)

5.55. Additionally, the Tribunal considers that the PPA Termination Claim, being associated with an economic activity in the energy sector (namely the sale and distribution of electricity), meets the requirement under the final sub-paragraph of Art. 1(6) ECT.

5.56. The Tribunal next turns to sub-paragraph (f) of Article 1(6) ECT, which refers to a right to undertake any economic activity in the energy sector, conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law. The Claimant submitted at the Hearing that “[i]f there was any doubt, the PPA constitutes a right conferred by law or contract, which is referred to in [Article] 1(6) (f). That right was the right to sell electricity which in 1995 required there to be a Power Purchase Agreement, so it’s a right conferred by Hungarian law.

5.57. The Tribunal decides that the PPA constitutes a commercial agreement to undertake the sale and distribution of electricity, which constitutes an economic activity in the energy sector.

5.58. Furthermore, in accordance with the final sub-paragraph of Article 1(6) ECT, all “investments” under the ECT must be “associated with an Economic Activity in the Energy Sector”. In the Tribunal’s view, the right to undertake electricity sales and distribution pursuant to Hungarian law (being associated with an economic activity in the energy sector) constitutes an investment under the ECT”.

En consecuencia, el Tribunal rechazó las objeciones a su jurisdicción planteadas por el demandado en relación con el Artículo 1.6 del Tratado sobre la Carta de la Energía, afirmando así su jurisdicción sobre el fondo de la controversia.

La Decisión sobre jurisdicción dictada en el caso *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/09/1), tuvo como objeto resolver cuatro excepciones a la jurisdicción del Tribunal planteadas por Argentina, la segunda de las cuales cuestionaba la legitimación *ratione personae* de las demandantes.

Según la demandada las demandantes plantearon dos reclamaciones indirectas ya que, por un lado, invocaban derechos que correspondían a terceros (a saber, *Interinvest* y *Aerolíneas Argentinas*) que no eran partes en el arbitraje; y, por otro lado, sólo poseían una participación indirecta en dichas empresas argentinas que no se encuentran protegidas por el APPRI. Para la demandada, la reclamación indirecta era inadmisibile conforme al APPRI, que no otorga protección a los accionistas indirectos. Por otra parte, la reclamación indirecta sería inadmisibile a la luz del DI general, pues es un principio general de Derecho establecido por la jurisprudencia de la CIJ y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que los accionistas de una sociedad no pueden reclamar por supuestas violaciones de derechos conferidos a la sociedad de la que forman parte. Así, en el DI las reclamaciones indirectas o derivadas sólo se admiten cuando un tratado las contempla expresamente. El Tribunal rechazó los argumentos de la demandada al sostener que:

“209. Si bien le asiste razón a la Demandada al señalar que el Artículo I (2) del Tratado no incluye ni excluye expresamente las inversiones “indirectas” de su cobertura, la formulación amplia e inclusiva de esta disposición sugiere que el Tratado protege las participaciones “indirectas”. En efecto, en el Artículo I (2) se incluye la definición de las “inversiones” protegidas conforme al Tratado:

El término “inversiones” designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos o efectuados de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes:

- acciones y otras formas de participación en sociedades;

....

210. Esta definición es amplia e inclusiva. “Inversión” comprende “todo tipo de haberes”, “bienes y derechos de toda naturaleza”, y la lista de inversiones incluidas que se enumeran luego de la definición es de carácter enunciativo, y no taxativo. Otros Tribunales del CIADI que han interpretado el Tratado han señalado la amplitud de esta definición. El Tribunal del caso Gas Natural señaló que “si bien el Convenio del CIADI no define el término ‘inversiones’, el TBI claramente lo hace, en forma inclusiva”, y que la definición del Tratado “sigue la práctica casi universal de los TBIs de definir el objeto del Tratado con la mayor generalidad posible”.

211. Otros Tribunales del CIADI que han analizado el tratado han concluido que la amplia formulación del Artículo I (2) del Tratado implícitamente autoriza las reclamaciones del tipo que promueven las Demandantes. En los arbitrajes Suez Vivendi y Suez InterAguas, Argentina planteó idéntico argumento, y afirmó que las demandantes accionistas no tenían legitimación para plantear la controversia porque planteaban simplemente un daño

“derivado” basado en el daño causado a las sociedades en las cuales poseen acciones, en lugar de un daño directo sufrido por las demandantes. En estos casos, los Tribunales rechazaron el argumento, y concluyeron que las demandantes tenían una “inversión” válida en los términos del Tratado [...].

212. Cabe destacar que los Tribunales del caso Suez concluyeron que el Tratado no limitaba los derechos de los accionistas de plantear reclamaciones “derivadas”. Los Tribunales rechazaron expresamente la idea de que existiera una selección automática en el derecho internacional aplicable a las inversiones que restrinja qué tipo de derechos se pueden plantear. En tal sentido, los Tribunales se han negado a regirse por el derecho societario interno. Siguiendo esta lógica, el hecho de que el Tratado no permita expresamente las acciones “derivadas” resulta irrelevante, porque el concepto mismo de reclamación “derivada” es ajeno al Tratado o al Convenio del CIADI.

213. (...) El Tribunal del caso Gas Natural admitió que una disminución en el valor de las acciones de la demandante constituía un daño conforme al Tratado. Al igual que a los Tribunales del caso Suez, al Tribunal del caso Gas Natural no le preocupó la posibilidad de que la reclamación fuera meramente “derivada” de un daño causado a una sociedad argentina”.

A la luz de la redacción del Artículo I.2, el Tribunal concluyó que las demandantes tenían legitimación *ratione personae* con fundamento en las inversiones realizadas en la empresa local *Aerolíneas Argentinas*.

Asimismo, la demandada sostenía que el DI general no contempla la posibilidad de reclamaciones indirectas de accionistas por el daño sufrido por las sociedades en las que poseen acciones. En concreto, la demandada citó el *Caso de la Barcelona Traction (Bélgica c. España)*, en el cual la CIJ concluyó que Bélgica carecía de *jus standi* para ejercer la protección diplomática de los accionistas de nacionalidad belga frente a medidas adoptadas por las autoridades españolas que afectaban a una sociedad canadiense en la cual los nacionales belgas poseían acciones. Por el contrario, las demandantes alegan que el *Caso Barcelona Traction* no es de aplicación a este supuesto, porque la sentencia no se refiere a la legitimación directa de los accionistas, sino a otra cuestión como la posible violación de los derechos del Estado como resultado de la infracción de los derechos de sus nacionales en calidad de accionistas. Sobre esta cuestión el Tribunal arbitral concluyó que:

“217. No obstante ello, el análisis realizado en Barcelona Traction en relación a los derechos de los accionistas resulta inaplicable a las circunstancias de este caso por dos motivos.

218. En primer lugar, la decisión de la Corte se tomó en ausencia del marco específico de un TBI. La Corte señaló que dichos tratados, que no se aplicaban a los accionistas belgas, podían otorgar a los accionistas “un derecho directo a defender los intereses contra los Estados”. Es ésta precisamente la posición de las Demandantes, quienes han planteado su reclamación conforme a un TBI que expresamente protege las inversiones realizadas por ella en bienes de cualquier tipo, incluidas acciones.

219. En segundo lugar, la Corte admitió que no existían normas referentes a la cuestión de los derechos de los accionistas en el derecho internacional. Ante la falta de antecedentes internacionales, la Corte expresamente aplicó el derecho interno para dilucidar el contenido de los derechos de los accionistas. En el presente caso, no hay necesidad de

recurrir al derecho interno, dado que los derechos alegados por las Demandantes tiene su origen en el tratado.

220. El análisis de la Corte en el caso de la Barcelona Traction se vio ratificado en su decisión de 2007 acerca de excepciones preliminares en el caso Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. RDC), en el que la Corte determinó que los tratados de protección de inversiones extranjeras han adquirido primacía en el derecho internacional en las decisiones sobre los derechos de las sociedades y sus accionistas:

La Corte no puede dejar de señalar que, en el derecho internacional contemporáneo, la protección de los derechos de las sociedades y de sus accionistas y la resolución de las controversias relativas a tales derechos se rigen esencialmente por acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección de la inversión extranjera, tales como los tratados para la promoción y protección de inversiones extranjeras y el Convenio de Washington del 18 de marzo de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados mediante el cual se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”), además de los contratos entre Estados e inversores extranjeros. En ese contexto, el rol de la protección diplomática se ha desdibujado, ya que ha quedado relegada a aquellos casos poco frecuentes en los que no existe un régimen de un tratado o éste no ha funcionado satisfactoriamente” (Caso relativo a Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. República Democrática del Congo), 2007 ICJ (24 de mayo), párrafo 88”.

Por otra parte, la demandada alegó que, conforme al derecho interno argentino, un accionista no puede plantear una acción “derivada” fundada en el daño sufrido por la sociedad en la cual posee acciones, señalando que “se ha reconocido que el derecho local es relevante a los efectos de determinar la jurisdicción del CIADI”. El Tribunal entendió que, si bien la demandada tiene razón al afirmar que el derecho local puede resultar “relevante” a los fines de la jurisdicción del CIADI, la jurisprudencia citada se refiere a casos en los que los Tribunales aplicaron el derecho interno para determinar *cuestiones de hecho* relativas a la jurisdicción. A tal efecto, el Tribunal rechazó esta alegación de la demandada al concluir que:

“228. [...] Asimismo, la jurisprudencia en arbitrajes de inversiones sobre esta cuestión es clara y uniforme. En el caso BG Group plc c. Argentina, por ejemplo, el Tribunal rechazó el mismo argumento planteado aquí por la Demandada. En las palabras del Tribunal:

La invocación de principios de derecho societario interno por parte de Argentina debe ser rechazada. El reclamo de BG se formula conforme al TBI Argentina-Reino Unido. BG es un “inversor” que ha realizado una “inversión” en Argentina en los términos del Artículo I(a)(ii) del tratado. No se ha controvertido que las acciones de BG [en las sociedades locales] constituyen “bienes” en el sentido del laudo conforme al derecho argentino. El significado del TBI no debe determinarse por analogía con normas de derecho privado, sino de los términos del tratado mismo y a la luz del propósito que persigue”.

Además de su argumento de “reclamación derivada”, la demandada también alegó que el APPRI no reconocía legitimación a un accionista “indirecto” que sólo posee acciones en la sociedad supuestamente afectada por la expropiación a través de un intermediario (en este caso, *Air Comet*). El Tribunal rechazó este argumento señalando que:

“230. Contrariamente a las afirmaciones de la Demandada, la fórmula amplia utilizada en el Artículo I(2) no sugiere en absoluto que las tenencias accionariales a través de

subsidiarias se encuentren excluidas de la cobertura que ofrece el Artículo I(2). Una vez más, el Artículo I(2) extiende la definición de “inversiones” protegidas a “todo tipo de activos”, y “bienes y derechos de toda naturaleza”. Por este motivo, el Tribunal considera que las participaciones de las Demandantes en las Aerolíneas Argentinas constituyen “inversiones” en los términos del Artículo I(2).

(...)

“235. Finalmente, el Tribunal concluye que las Demandantes, en calidad de accionistas indirectos, tienen legitimación para reclamar indemnización por los daños sufridos por las sociedades en las que ellas invirtieron, es decir, Interinvest y las Aerolíneas Argentinas. El significado corriente del Artículo I(2) conlleva la protección de “todo tipo de activos”, incluidas las participaciones indirectas. Este Tribunal concluye asimismo que la legitimación de las Demandantes no se ve afectada por el hecho de que sus inversiones se hayan realizado a través de su subsidiaria, Air Comet”.

Por otra parte, en su cuarta y última excepción a la jurisdicción la demandada sostenía que la inversión de las demandantes no gozaba de protección conforme al APPRI debido a las irregularidades que afectaron a dicha inversión. A tal efecto, afirmaba que el APPRI sólo protege inversiones realizadas y desarrolladas de conformidad con la legislación del Estado receptor. Sobre esta excepción, el Tribunal argumentó que:

“318. No obstante, tal como surge claramente del Tratado mismo, el período crítico a los fines de la legalidad de la inversión es el momento en el que se realizó la inversión. Los Artículos I(2), II y III(1) del Tratado regulan el concepto de inversiones admitidas realizadas por los inversores. En el Artículo I (2) se define el término “inversiones” de la siguiente manera:

El término ‘inversiones’ designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos o efectuados de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión[.] (énfasis agregado)

La aplicación del sentido corriente del Artículo I(2) a las Demandantes es bastante simple: a fin de constituir una “inversión” admitida por el Tratado, las inversiones deben haberse adquirido o efectuado de acuerdo con el derecho argentino, el país receptor de la inversión [...].

“320. La jurisprudencia de los casos en los que se analizaron TBIs con disposiciones similares también apoyan esta interpretación. El TBI Alemania-Ghana que se aplicó en el caso Hamester contenía una cláusula muy similar a la del Tratado, y el Tribunal concluyó que sólo el momento del inicio de la inversión resultaba relevante a los fines de la determinación de la jurisdicción [...]:

“322. Incluso en Inceysa, un caso en el cual el Tribunal determinó que las demandantes habían cometido varios actos fraudulentos, el Tribunal concentró su análisis en el inicio de la inversión: “[U]n inversor extranjero no puede pretender beneficiarse de una inversión realizada mediante uno o varios actos ilegales y, consecuentemente, gozar de la protección que le confiere el Estado receptor, como es, el acceso al arbitraje internacional para la solución de sus controversias, pues es evidente que su actuación tuvo un origen doloso y, como lo sostiene la máxima jurídica, “nadie puede beneficiarse de su propio dolo”. Las conclusiones del Tribunal de Inceysa de que se habían cometido fraude se referían al inicio de la inversión, entre otras, el hecho de que la demandante había realizado presentación de información falsa como parte de su oferta en la licitación, manifestaciones falsas realizadas durante el proceso de licitación, documentos falsos presentados junto con su

oferta y el ocultamiento de su vinculación con otro oferente, contraviniendo así las bases de la licitación”.

A diferencia del caso que ocupa al Tribunal, el caso *Inceysa*, sobre el que se apoya la demandada, se refería a los actos de la demandante en relación con la *adquisición* de su inversión y no a otros hechos que surgieron *con posterioridad* a la adquisición de la inversión por parte de las demandantes. Por lo motivos expuestos, el Tribunal resolvió rechazar la cuarta excepción a su jurisdicción planteada por la demandada.

III. LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DEL ESTADO RECEPTOR DE LA INVERSIÓN⁸

En este epígrafe se analizan las decisiones tomadas por los Tribunales arbitrales respecto al cumplimiento de las obligaciones sustantivas previstas en los diversos acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones.

1. La cláusula de plena protección y seguridad de las inversiones

En el caso *SAUR International S.A. c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/04/4, Decisión sobre Jurisdicción y sobre Responsabilidad de 6-6-2012), en lo relativo a la vulneración del estándar de protección y plena seguridad, el Tribunal concluyó:

“465. El Tribunal ya ha estimado la pretensión principal planteada por la Demandante y ha llegado a la conclusión que la Provincia de Mendoza ha adoptado “medidas de expropiación o de nacionalización” que entran en conflicto con el art. 5.2 del APRI. En consecuencia, podría pensarse que el estudio de las pretendidas violaciones de los principios de TJE y PPS ha devenido fútil, pues sea cual fuera la decisión que recayera, sería irrelevante para el cálculo de la indemnización. Sin embargo, la Demandante ha presentado una pretensión de carácter declaratorio, pidiendo que el Tribunal declare la violación de los principios de TJE y PPS, y para dar contestación a dicha solicitud es necesario que el Tribunal analice la cuestión. Con este objetivo, el Tribunal resumirá brevemente las posiciones de las partes, para después estudiar como cuestión previa el impacto de la Segunda Carta de Entendimiento, la regulación de los principios en el APRI, terminando con un análisis de las alegadas violaciones de los principios de TJE y PPS.

(...)

508. Sauri alega que el carácter brutal con el que se desarrolló la intervención de OSM, con participación de la policía y otros actos de violencia física, representan una violación del principio de PPS garantizado en el APRI. La República por el contrario insiste en que la intervención fue llevada a cabo de acuerdo con todos los recaudos legales, sin actos de acoso ni amenaza.

509. El Tribunal Arbitral coincide con la posición mantenida por la Demandada, y en este punto desestima la demanda de Sauri.

⁸ Epígrafe elaborado por el Prof. Dr. Fernando Lozano Contreras.

510. La argumentación de Sauri se fundamenta en que “la notificación del decreto de intervención se realizó con amplio operativo policial con despliegue de camiones policiales, agentes de la fuerza y unas treinta personas que literalmente desembarcaron en la empresa”. Frente a ella, la República ha demostrado convincentemente que el propio Decreto de Intervención facultaba a la Escribanía Notarial a “requerir el auxilio de la fuerza pública, hasta tanto el Interventor designado tome posesión del cargo”, lo que ampara la presencia de la fuerza pública de acuerdo con la normativa vigente. Por lo demás, la presencia de la fuerza pública fue únicamente de carácter precautorio, sin que conste que en ningún momento llegara a intervenir. El Tribunal estima que la simple presencia policial, en el acto de intervención de una empresa, forma parte de las medidas cautelares que un gestor público puede legítimamente adoptar para garantizar el ordenado desarrollo de la toma de control.

511. Sauri también se ha referido de pasada a que la policía habría prohibido temporalmente que el personal de OSM se comunicara entre sí y que habría confiscado algunos de sus objetos personales. Las alegaciones no han sido probadas, pero aun si lo hubieran sido, no tendrían en ningún caso la gravedad suficiente para constituir una violación de las garantías de naturaleza iusinternacionales recogidas en el APRI.

En el Laudo emitido el 12-6-2012 por el Tribunal arbitral conformado bajo los auspicios de la CPA en el caso *Ulysseas Inc. c. Ecuador*, tras considerar que no hubo expropiación por parte de Ecuador, se analizó si hubo incumplimiento del estándar de protección y plena seguridad:

“260. La Demandante afirma que la Demandada ha violado sus obligaciones conforme al artículo II(3)(a) del TBI, al no otorgar a la inversión de la Demandante protección y seguridad plenas. La Demandante invoca el caso *Occidental* para argumentar que la “protección y seguridad plenas” y el “trato justo y equitativo” se pueden considerar en conjunto. Por ello, en la medida en que el Tribunal considere que hubo una violación del estándar de trato justo y equitativo, la promesa de protección y seguridad plenas también se habría violado. La Demandante también aduce que los Tribunales de los tratados de inversión se han alejado del enfoque restrictivo original respecto de la protección y seguridad plenas, y han establecido que el estándar “puede aplicarse a más que seguridad física de un inversor o de sus bienes, porque también podría ser sujeto de hostigamiento sin ser dañado o confiscado físicamente”.

(...)

271. La Demandante considera que la “protección y seguridad plenas” y el “trato justo y equitativo” pueden considerarse en forma conjunta “ya que ambos tratamientos requieren que el Estado provea estabilidad y predictibilidad”.

272. El Tribunal no comparte esta opinión. La protección y seguridad plena es un estándar de tratamiento distinto del trato justo y equitativo, como lo manifiesta la referencia independiente a los dos estándares del artículo II(3)(a) del TBI. Este estándar impone una obligación de vigilancia y cuidado por parte del Estado conforme al Derecho internacional, lo que incluye un deber de diligencia debida para impedir que los terceros causen daños ilícitos a las personas o a los bienes de extranjeros en su territorio o, si no logra impedirlo, para reprimirlos y castigarlos por tales daños.

273. Dado que la Administración Temporal de PBII fue realizada por un tercero, pero conforme al Contrato de Permiso, los daños físicos que se puedan haber causado a PBII deben resolverse conforme al Contrato. Por ende, no hubo una violación de la protección y seguridad plenas conforme al TBI, como argumenta la Demandante.

274. El reclamo de que el Estado ha violado el estándar de tratamiento de protección y seguridad plenas conforme al TBI debe desestimarse”.

2. El trato justo y equitativo

En el caso *SAUR International S.A. c. Argentina* (Caso CIADI nº ARB/04/4), el Tribunal señaló respecto del estándar del trato justo y equitativo:

“465. El Tribunal ya ha estimado la pretensión principal planteada por la Demandante y ha llegado a la conclusión que la Provincia de Mendoza ha adoptado “medidas de expropiación o de nacionalización” que entran en conflicto con el art. 5.2 del APRI. En consecuencia, podría pensarse que el estudio de las pretendidas violaciones de los principios de TJE y PPS ha devenido fútil, pues sea cual fuera la decisión que recayera, sería irrelevante para el cálculo de la indemnización. Sin embargo, la Demandante ha presentado una pretensión de carácter declaratorio, pidiendo que el Tribunal declare la violación de los principios de TJE y PPS, y para dar contestación a dicha solicitud es necesario que el Tribunal analice la cuestión. Con este objetivo, el Tribunal resumirá brevemente las posiciones de las partes, para después estudiar como cuestión previa el impacto de la Segunda Carta de Entendimiento, la regulación de los principios en el APRI, terminando con un análisis de las alegadas violaciones de los principios de TJE y PPS.

(...)

481. ¿A qué se refiere el APRI cuando apela a los principios de TJE y PPS? El alcance de ambos conceptos debe ser establecido a la luz del art. 31.1 de la Convención de Viena, que ordena que “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

482. La aplicación de estos criterios hermenéuticos no logra sin embargo arrojar mucha luz – el resultado tiende a ser tautológico y circunscribirse a sustituir los términos del APRI por otros similarmente vagos. Todo lo que puede inducirse del APRI es que tanto TJE como PPS son conceptos jurídicos indeterminados, que imponen estándares de comportamiento a los Estados en relación a las inversiones protegidas: prohíben que un Estado incurra en actos administrativos, legislativos o judiciales que no sean justos y equitativos o creen desprotección o inseguridad. Y los Estados aceptan esta limitación de sus poderes soberanos, inducidos por el sinalagma, puesto que el otro Estado contratante asume un compromiso recíproco, y en el convencimiento de que la promoción y protección de las inversiones extranjeras “estimula... el desarrollo económico”.

483. El estándar de TJE y PPS es diferente del deber de los Estados de atenerse a su propia legislación y de cumplir los compromisos contractualmente asumidos frente a terceros. Que un Estado esté incurriendo en incumplimiento de sus propias leyes o contratos no constituye ni condición necesaria ni suficiente para que se entienda violado el estándar iusinternacional de TJE o de PPS. El Derecho internacional no cubre todo incumplimiento normativo o contractual de un Estado en todas las circunstancias – en estos casos el perjudicado debe buscar protección a través del sistema judicial interno; la protección del APRI solo entra en vigor cuando la conducta del Estado, por su gravedad y trascendencia, y por el carácter soberano de los actos, es incompatible con el estándar internacional.

484. En resumen: el APRI reconoce un derecho subjetivo a favor del inversor (el art. 3 se refiere *expressis verbis* al “derecho así reconocido”) y una recíproca obligación del

Estado - éste debe atemperar su conducta de forma que “ni de hecho, ni de derecho” prive a la inversión inversor de un TJE ni de PPS.

485. Los principios de TJE y PPS están íntimamente relacionados con las prohibiciones de discriminación y de arbitrariedad.

486. Para que exista discriminación se exige más que un simple tratamiento diferente. Es preciso que una inversión sea tratada de forma diferente a otras situaciones similares sin que medie justificación, esté afectada por prejuicios raciales o sectoriales, o dirigida específicamente a inversores extranjeros.

(...)

489. Una vez clarificados los conceptos, es necesario analizar las tres grandes cuestiones planteadas por las partes en esta materia:

- En primer lugar se ha discutido si el TJE definido en el APRI constituye un principio autónomo o coincide con el “estándar mínimo de tratamiento debido a los extranjeros según el Derecho internacional consuetudinario” (infra A);*
- En segundo lugar, si las expectativas legítimas del inversor deben o no ser tomadas en cuenta (infra B); y*
- En tercer lugar si el estándar de PPS garantiza únicamente la seguridad física o también la jurídica (infra C).*

(...)

503. En opinión del Tribunal Arbitral, los hechos probados son constitutivos de una violación del estándar de TJE garantizado por el APRI, violación cometida por la Provincia y por el EPAS y generadora de responsabilidad iusinternacional a cargo de la República (...).

En el caso *Ulysseas Inc. c. Ecuador* el Tribunal arbitral se pronunció sobre el eventual incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo:

“245. En cuanto a la referencia que el artículo II(3)(a) del TBI hace al estándar de trato mínimo requerido por el Derecho internacional, el Tribunal destaca que el estándar mínimo internacional ha evolucionado con el transcurso del tiempo. Lo que importa en nuestro caso es que el trato de los inversores extranjeros no se encuentre por debajo de este estándar mínimo internacional, independientemente de la protección ofrecida por el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

246. El término trato “justo y equitativo” no se encuentra definido en el TBI. De conformidad con el artículo 31(1) de la CVDT, todo tratado debe interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.” Como el Comité de Anulación del caso CMS destacara, “el estándar justo y equitativo ha sido invocado en un gran número de casos de arbitraje CIADI y...a este respecto existe alguna variación en la práctica de los Tribunales arbitrales”.

247. Como otro Tribunal resolviera con relación al mismo TBI, “[a]unque el trato justo y equitativo no está definido en el tratado, el preámbulo claramente expone en el acuerdo de las partes que dicho trato es deseable para mantener un marco estable para la inversión y la utilización máxima de los recursos económicos. La estabilidad del marco jurídico y económico es, entonces, un elemento esencial del trato justo y equitativo”.

248. Esta concepción también fue adoptada por otros Tribunales en el marco de arbitrajes en virtud de tratados de inversión. Sin embargo, existen Tribunales que han adoptado concepciones mucho más restringidas del estándar de trato justo y equitativo al reconocer que uno de los principales componentes de este estándar son las expectativas legítimas y razonables de las partes, conforme a la potestad regulatoria normal del Estado. En efecto, el Preámbulo del TBI también hace referencia a la necesidad de mantener “la máxima utilización efectiva de los recursos económicos”.

249. El Tribunal no tiene la intención de formular otra descripción de este estándar, sino que se adhiere a la resolución de uno de los laudos mencionados supra, que parece ser especialmente adecuado para el caso que nos ocupa [EDF (Services) Limited c. Rumania]: “La idea de que las expectativas legítimas y, por lo tanto, el trato justo y equitativo –TJE– impliquen la estabilidad del marco jurídico y comercial, no podrá ser correcta si se la expresa en un texto demasiado amplio y no calificado. El TJE podría entonces significar el virtual congelamiento de la regulación jurídica de las actividades económicas, en contraste con la potestad regulatoria normal del Estado y el carácter evolutivo de la vida económica. Salvo el caso en que el Estado hiciera promesas o declaraciones específicas al inversionista, el segundo no podrá confiar en un tratado bilateral de inversiones como una suerte de póliza de seguros contra el riesgo de cualquier cambio en el marco jurídico y económico del Estado receptor de la inversión. Dicha expectativa no sería legítima ni razonable”. La violación del estándar no puede determinarse en abstracto, qué es justo y razonable depende de la confrontación de las expectativas objetivas del inversor y la potestad regulatoria del Estado a la luz de las circunstancias del caso.

(...)

251. El Tribunal comparte la opinión de la Demandada. Como muchos Tribunales CIADI resolvieron, la concepción habitual de una inversión incluye varias características básicas, en particular: (a) debe comprender un aporte con valor económico; (b) debe realizarse durante un plazo determinado; (c) debe existir una expectativa de retorno de la inversión, sujeta a un elemento de riesgo; (d) debería contribuir al desarrollo de la economía del Estado receptor. Si bien la última condición ha sido objeto de críticas, las demás han sido generalmente aceptadas por otros Tribunales y comentaristas en el ámbito del arbitraje en virtud de tratados de inversión. Independientemente de la definición de “inversión” en virtud del artículo I(1)(a) del TBI, estos factores influyen en la determinación del momento en el que la Demandante “invirtió” en Ecuador en el sentido corriente y comenzó a invocar las expectativas legítimas que podría haberse formado.

(...)

253. Como ya se ha mencionado, la Demandante tenía pleno conocimiento de que, durante muchos años, el marco regulatorio del sector eléctrico había estado atravesando un proceso de constante evolución en aras de satisfacer la creciente demanda de electricidad sobre la base de condiciones que serían aceptables desde el punto de vista económico para todos los operadores del sistema: compañías de generación, compañías de transmisión, compañías de distribución y usuarios finales. Los ajustes que se habían introducido rutinariamente a partir de 2003 en el orden de prioridad de pago ilustran esta evolución. La Demandante no ignoraba el problema de cobro que las compañías de generación del sector eléctrico enfrentaban mientras que los cambios introducidos en el orden de prioridad de pago también daban cuenta de la atención de la Demandada a este problema.

(...)

256. En conclusión, en septiembre de 2006, la Demandante no podía pretender que el marco regulatorio del sector eléctrico permaneciera inmutable, más en particular, que

“los generadores tales como la Demandante, [tuvieran] derecho a cobrar un precio por la generación para por lo menos cubrir sus costos, y además que efectivamente reci[era] ese precio”. No se ha probado que los cambios regulatorios en los pagos a las compañías de generación de energía hubieran empeorado las perspectivas comerciales de la Demandante en comparación con septiembre de 2006, aun suponiendo –lo que no se ha demostrado– que pudiera tener la expectativa legítima de contar con un marco regulatorio del sector eléctrico estable.

257. El Tribunal ha tomado nota de las alegaciones de las Partes con respecto al artículo 24 del Contrato de Permiso luego de una pregunta planteada durante la audiencia sobre el fondo. En particular, la pregunta del Tribunal era si la Demandante, mediante la celebración del Contrato de Permiso, ha aceptado que la Demandada podía introducir cambios en las leyes y los reglamentos que podrían perjudicarla en su calidad de inversor, lo que constituye el eje del reclamo de la Demandante de violación de sus expectativas legítimas.

258. El Tribunal considera que el artículo 24 del Contrato de Permiso influye en la resolución del reclamo de la Demandante según el cual tenía la expectativa legítima de que el sistema regulatorio del sector eléctrico no fuera objeto de cambio perjudicial alguno. De hecho, esta disposición demuestra que, en septiembre de 2006, la Demandante había aceptado que podían introducirse cambios en las leyes “u otras disposiciones de cualquier naturaleza” que “perjudicarían al inversor” [Traducción libre] y que, en este caso, se pagaría una compensación por los daños y perjuicios que se le hubieran causado. Al haber optado por interponer un reclamo basado en el TBI, la Demandante ha renunciado a su derecho de exigir compensación en virtud del artículo 24 del Contrato de Permiso.

259. A la luz de todo lo que antecede, el reclamo de la Demandante de violación por parte de la Demandada del estándar de trato justo y equitativo en virtud del TBI debe desestimarse”.

Una de las cuestiones sobre la que se tuvo que pronunciar el Tribunal arbitral designado para resolver el caso *Electrabel S.A. c. Hungría* (Caso CIADI n° ARB/07/19), consistía en dirimir si Hungría, al dar por finalizado unilateralmente el acuerdo entre el Estado y la compañía húngara *Dunamenti*, controlada por una empresa belga de suministro de energía (*Electrabel*), había vulnerado o no el Artículo 10 del Tratado sobre la Carta de Energía en el que se contemplan, entre otros, el estándar de trato justo y equitativo. El Tribunal arbitral, atendiendo a las circunstancias específicas que rodeaban este caso (ingreso de Hungría en la UE y mandato de la Comisión Europea), dictaminó que ninguno de los estándares alegados por la demandante se vulneraron:

“6.66 (...) The Tribunal does not consider that Electrabel has established its factual case that, on the evidence, one or more breaches of the FET standard, causing loss to Electrabel, were committed by Hungary in failing timeously to take reasonable steps to protect Electrabel before the European Commission’s Final Decision of 4 June 2008, whether by seeking an exemption from EU law in relation to Dunamenti’s PPA in Hungary’s EU Accession Treaty; or in failing to notify existing State aid to the Commission. As to an alleged breach by Electrabel, the Tribunal notes that Hungary was then still undergoing an important transitional stage, with profound and drastic economic, political and legal changes; that its negotiations with the European Union were difficult, complex and wide ranging; and that there is no evidence whatsoever adduced in these proceedings of any unfairness towards Dunamenti or Electrabel in any of Hungary’s dealings with the European Commission before (or after) Hungary’s accession to the European Union in 2004.

6.67 Indeed, the factual evidence points to the contrary. On 31 March 2004, before accession, Hungary notified the European Commission of several measures potentially constituting State aid in regard to electricity generation, whilst arguing that these should be considered as existing aid compatible with EU law. On 10 August 2004, after accession, the Commission rejected Hungary's argument, remarking that the Hungarian Generators were indirect beneficiaries of State aid under the PPAs. On 31 August 2004, Hungary made known the Commission's views to the Generators. After further exchanges between Hungary and the Commission, on 23 November 2004, Hungary published a study (commissioned by HEO) on "The compatibility of the Hungarian system of long-term capacity and power purchase agreements with EU energy and competition law". Following meetings with the Commission on 30 November 2004 and 12 January 2005 (the latter attended by Dunamenti) and on the advice of the Commission, Hungary withdrew its earlier notification. As already recited above, shortly thereafter, the European Commission began its investigation into the Hungarian Generators' PPAs on 24 May 2005.

6.68 More significantly for present purposes, even if there were a breach of the FET standard, the Tribunal does not consider that Electrabel has established any sufficient causation for its alleged loss resulting from the PPA's termination by Hungary, following the Final Decision. These two subsequent events were new acts, causally unrelated to events before the Final Decision invoked by Electrabel. In the Tribunal's view, whatever Hungary did or did not do before 4 June 2008 had no material influence on the Commission's Final Decision and (as explained below) Hungary's subsequent termination of Dunamenti's PPA consequent upon that Final Decision. The Tribunal notes Electrabel's necessarily qualified allegation as regards causation in its Reply (paragraph 396): "By not notifying the PPAs as an 'existing aid' and/or withdrawing the original notification from the interim procedure, [Hungary] was not defending the interests of the generators. If either of those options had been pursued, it may have resulted in a different outcome" (footnote omitted; emphasis supplied). Such a mere possibility, even at its highest, does not establish the necessary causative link required for Electrabel's claim under the ECT.

(...)

6.119 The Tribunal considers that it can dispose succinctly of Electrabel's other claims, which were only briefly argued by the Parties, with the Tribunal having already addressed at length Electrabel's claims for expropriation and under the FET standard. In short, the Tribunal does not accept Electrabel's case that Hungary breached any of the ECT's other standards, namely: Article 10(1) ECT on stable, equitable, favourable and transparent conditions (beyond the FET standard); Article 10(1) on full protection and security; Article 10(1) on unreasonable or discriminatory measures; Article 10(1) on treatment no less favourable than that required by international law; and Article 10(7) on treatment no less favourable than that accorded to national investors or investors of other States".

En el caso *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, el Tribunal arbitral se pronunció sobre si la decisión de Ecuador de dar por finalizado en 2006 de manera unilateral y repentina el contrato de exploración y explotación de la región productora de petróleo que la demandante había concluido con las autoridades ecuatorianas en 1999, supuso, por lo desproporcionado de la medida, un incumplimiento, por parte de Ecuador, del estándar de trato justo y equitativo contemplado en el Artículo II del APPRI celebrado entre Ecuador y los Estados Unidos de América, pese a que la demandante había incumplido, aunque no de mala fe, el contrato y la normativa nacional en materia de cesión de los contratos sobre hidrocarburos. En este sentido, el Tribunal arbitral se pronunció, en primer lugar, sobre

el principio de proporcionalidad en el contexto de las diferencias internacionales relativas a inversiones:

“402. La aplicación del principio de proporcionalidad puede observarse en una gran variedad de escenarios de derecho internacional, inclusive en casos donde se discute la proporcionalidad de las contramedidas adoptadas en diferencias comerciales ante un Panel de la OMC con base en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (“GATT”).

403. En cuanto a la aplicación de la proporcionalidad en forma generalizada en el contexto de los actos administrativos, el cuerpo de jurisprudencia más desarrollado se encuentra en Europa. Ya es una regla generalizada en diversos países europeos el hecho de que existe un principio de proporcionalidad que exige que las medidas administrativas no sean más drásticas de lo necesario para alcanzar el objetivo deseado. Este principio ha sido adoptado y aplicado en un sinnúmero de oportunidades por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Luxemburgo y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo.

404. Frente a estos antecedentes, el Tribunal observa que existe un ordenamiento creciente de normas arbitrales, especialmente en el marco de los arbitrajes ante el CIADI, que establece que el principio de proporcionalidad es aplicable a los posibles incumplimientos de las obligaciones que surgen de los tratados bilaterales de inversión. En el caso que nos ocupa, el Tratado dispone, en su Artículo II.3(a), que se le concederá a las inversiones un trato justo y equitativo, que gozarán de protección y seguridad plenas y que en ningún caso se les concederá un trato menos favorable al establecido por el derecho internacional. En numerosas ocasiones, se ha interpretado que el deber de otorgar un trato justo y equitativo incluye una obligación de proporcionalidad.

(...)

410. El fundamento esencial de la posición de la Demandada es que la caducidad era apropiada y proporcionada per se, principalmente porque se encuentra establecida específicamente en el Contrato de Participación y en la LHC como la sanción apropiada ante una transferencia no autorizada de derechos.

422. El hecho de que un contratista acepte que la caducidad pueda ser un recurso en determinadas situaciones no significa que el contratista haya renunciado a su derecho a que dicho recurso sea impuesto de manera proporcionada o bien conforme a las leyes correspondientes. Ello es particularmente así cuando, como ocurre en el presente caso, las partes acuerdan que el contrato será regido por un sistema de leyes (el derecho ecuatoriano) que exige expresamente que se respete el principio de proporcionalidad. No existe ningún indicio en el Contrato de Participación que indique que haya existido la intención de dejar fuera del contrato a la proporcionalidad u otros principios legales de aplicación general.

(...)

426. En consecuencia, las cuestiones que finalmente surgieron como esenciales para el tema de la proporcionalidad cuando las partes presentaron sus escritos posteriores a la audiencia fueron: (i) si el Ministro contaba realmente con una alternativa significativa como último recurso antes de declarar la caducidad; y/o (ii) si en cualquier caso, la sanción de caducidad fue, en esta instancia, una respuesta apropiada a la violación del Artículo 74 de la LHC cometida por OEPC.

427. La cuestión (ii) surge incluso si la respuesta a la cuestión (i) es negativa. Pensar lo contrario sería equivalente a considerar que la LHC opera en cualquiera de los dos casos y no le otorgaría el efecto y el reconocimiento debidos al principio de proporcionalidad. El Tribunal entiende que dicho principio, establecido en la Constitución y reiterado en la legislación posterior, prevalecería sobre la LHC. Incluso si el Tribunal estuviera equivocado sobre este punto de derecho ecuatoriano, el Tribunal no tiene ninguna duda de que el principio de proporcionalidad es aplicable como cuestión de derecho internacional general y que ha sido aplicado en arbitrajes previos ante el CIADI, especialmente en el caso Tecmed.

(...)

434. En resumen, el Tribunal considera que existían las siguientes opciones como alternativa a la caducidad, a saber: i) Insistencia en el pago de una prima de transferencia que rondara los USD 11.8 millones; y/o ii) mejoramiento de los términos económicos del contrato original; y/o iii) un acuerdo negociado que podría haber abordado, por supuesto, todas las áreas que las partes desearan, incluido el pago de la prima de transferencia que no se había realizado, la renegociación del contrato y una compensación adicional.

435. La opción final era no hacer nada más que, tal vez, realizar una declaración donde se le dejara en claro a todas las compañías extranjeras de petróleo que todas las transferencias de intereses económicos debían ser autorizadas y que si no lo eran, los procedimientos de caducidad serían inevitables. Sin dudas, para la Demandada esta opción era desagradable y poco realista, pero en términos racionales, tal opción existía. El Artículo 74 de la LHC sólo es facultativo, no directivo.

436. Por todas estas razones, el Tribunal considera que el argumento de la Demandada en cuanto a que no existía realmente otra opción más que dar por terminado el Contrato es poco sólido y no es aceptado”.

Como consecuencia del análisis anterior, el Tribunal concluyó afirmando que sí hubo incumplimiento por parte de Ecuador del estándar de trato justo y equitativo:

“452. De lo anterior surge que incluso si OEPC, tal como lo determinó el Tribunal precedentemente, hubiera violado la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación y fuera culpable de una violación punible del Artículo 74.11 (o de los Artículos 74.12 ó 74.13), el Decreto de Caducidad no fue una respuesta proporcionada en las circunstancias particulares y es ésta la conclusión del Tribunal. En consecuencia, el Decreto de Caducidad fue sancionado en violación del derecho ecuatoriano, del derecho internacional consuetudinario y del Tratado. En cuanto al Tratado, el Tribunal considera expresamente que el Decreto de Caducidad constituyó un incumplimiento por parte de la Demandada de su obligación contenida en el Artículo II.3(a) de conceder un trato justo y equitativo a la inversión de las Demandantes y de no concederles un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional”.

3. El trato nacional

En el caso *Ulysseas Inc. c. Ecuador* el Tribunal analizó si el trato recibido por la compañía norteamericana fue discriminatorio:

“290. La Demandante argumenta que esta garantía ha sido violada por: (a) cambios en el orden de prioridad, de modo que las generadoras privadas siempre han tenido una prioridad menor a la de las generadoras propiedad del Estado; (b) la prioridad otorgada consistentemente a las transmisoras propiedad del Estado, al considerarlas inmunes en perjuicio de las generadoras privadas; (c) la estructura de costos del sector eléctrico, que ha beneficiado a las generadoras propiedad del Estado, dado que estas no tienen un requisito de generar utilidades, y han saturado al mercado con PPAs de bajo costo, que han hecho imposible que las generadoras privadas obtengan PPAs viables.

291. La supuesta discriminación de la Demandante se relaciona con entidades nacionales propiedad del Estado que operaban en condiciones más favorables que las generadoras privadas, fueran nacionales o extranjeras, en situaciones similares.

293. El Tribunal considera que para que una medida sea discriminatoria, es suficiente con que, objetivamente, dos situaciones similares reciban un trato diferente. Como lo estableció el Tribunal del CIADI en Goetz c. Burundi, “la discriminación supone un trato diferencial aplicado a personas que se encuentran en situaciones similares” [Traducción libre]. Como tal, la discriminación puede dejar de lado la nacionalidad y relacionarse con un inversor extranjero que recibe un trato distinto del de otro inversor, sea nacional o extranjero, en una situación similar.

294. Respecto de la primera situación de discriminación alegada por la Demandante, en septiembre de 2006, cuando se firmó el Contrato de Permiso, las generadoras propiedad del Estado siguieron teniendo una prioridad menor a las de las generadoras privadas en una situación similar dentro del orden de prioridad de pago. Lo mismo se aplicó en 2007 y 2009 respecto de las generadoras privadas con PPA, mientras que durante estos dos años las generadoras privadas que compraban en el mercado al contado tuvieron una prioridad menor a la de las compañías generadoras propiedad del Estado con PPA. En la medida en la que tener un PPA es una situación que puede considerarse distinta a la de comprar en el mercado al contado, puede sostenerse que no hubo discriminación en perjuicio de las compañías de generación privadas en comparación con las compañías de generación propiedad del Estado. Claramente, había una política del Estado para impulsar a las compañías generadoras, fueran privadas o propiedad del Estado, a celebrar PPAs. En cualquier caso, pareciera que la Demandante no daba mucha importancia a las prioridades de pago.

295. Respecto de la segunda situación de supuesta discriminación, las compañías de transmisión están en una situación distinta de la de las compañías de generación, de modo que no puede considerarse que haya discriminación entre las dos categorías, como señaló la Demandada.

296. En cuanto a la tercera situación de supuesta discriminación, la Demandada señala que los cambios en la estructura de costos del sector eléctrico de 2008 no son pertinentes, dado que la Demandante había determinado en septiembre de 2007 que PBII no era económica ni comercialmente viable. No puede aceptarse este argumento, dado que la posición de la Demandante a fines de 2007 podría haber cambiado en presencia de condiciones más favorables del sector eléctrico en 2008. Éste fue el caso con la promulgación del Mandato Constituyente N° 15 en julio de 2008, una medida introducida para abordar el déficit de los pagos en el sector eléctrico.

297. En virtud del artículo 2 del Mandato Constituyente N° 15, el Ministerio de Finanzas debía cubrir, cada mes, las faltas de pago a las generadoras que operaban en el sector eléctrico. El nuevo sistema resultó ser exitoso, ya que la tasa de cobro de las generadoras mejoró gradualmente hasta alcanzar el 94% en 2010. El sistema se habría aplicado del mismo modo a la Demandante, si hubiera decidido vender en el mercado al contado o conforme a un PPA. Respecto de la última opción, el Tribunal ya ha concluido que el motivo por el que la Demandante no pudo celebrar un PPA no fueron los cambios al marco regulatorio, sino sus propias consideraciones comerciales.

298. Por los motivos expuestos supra, el reclamo de la Demandante de que la Demandada tomó medidas discriminatorias contra ella debe desestimarse”.

4. El trato de nación más favorecida

Véase el apartado II.1 de esta “Crónica”.

5. La prohibición de expropiar injustificadamente

Una de las cuestiones que se dirimían en el caso *SAUR International S.A. c. Argentina* era si el comportamiento de las autoridades argentinas, adoptado tras la crisis nacional de 2001, constituyó un ilícito internacional sancionado por el APPRI celebrado entre Francia y Argentina. En lo relativo a la demanda por expropiación:

“361. (...) el Tribunal estima que de las seis medidas expropiatorias alegadas por Sauri, las cinco primeras han perdido su virtualidad, al estar afectadas por el acuerdo transaccional sancionado en la Segunda Carta de Entendimiento. Los efectos perjudiciales que dichas medidas pudieran haber causado a OSM han sido sanados. Solo la última medida expropiatoria alegada, la que se refiere a la intervención, a la rescisión y a los actos posteriores, permanece incólume. En consecuencia, Sauri únicamente podrá prevalecer en su pretensión expropiatoria, si es capaz de probar que la intervención de OSM y las medidas que la desarrollaron violaron el art. 5.2 del APRI.

362. Como punto de partida conviene recordar el tenor literal del art. 5.2 del APRI:

“Las Partes Contratantes se abstendrán de adoptar, de manera directa o indirecta, medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida equivalente que tenga un efecto similar de desposesión, salvo por causa de utilidad pública y con la condición que estas medidas no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso particular. Las medidas mencionadas que podrían ser adoptadas deberán dar lugar al pago de una compensación pronta y adecuada, cuyo monto calculado sobre el valor real de las inversiones afectadas deberá ser evaluado con relación a una situación económica normal y anterior a cualquier amenaza de desposesión. Esta compensación, su monto y sus modalidades de pago serán fijados a más tardar a la fecha de la desposesión. Esta compensación será efectivamente realizable, pagada sin demora y libremente transferible. Y producirá intereses calculados a una tasa apropiada hasta la fecha de su pago”.

363. El precepto transcrito se expresa en términos de prohibición: ordena a la República Argentina (y también a Francia) que se abstenga de adoptar determinadas “medidas”, salvo que éstas reúnan tres requisitos: utilidad pública, carácter no discriminatorio y no violación de un compromiso particular.

364. El concepto de “medida”, que no se halla definido en el APRI, debe entenderse en sentido amplio. Así se desprende (aplicando el art. 31.1 de la Convención de Viena) del art. 5.2 del APRI, que engloba tanto medidas directas como indirectas. El concepto por lo tanto incluye todo tipo de actos administrativos, legislativos o judiciales, realizados por cualquiera de los poderes que constituyen la República (o por cualquier otra entidad de cuyos actos la República sea responsable de acuerdo con los criterios de imputación del Derecho internacional), y prohíbe que dichos actos resulten en una expropiación o en una nacionalización, o en una medida equivalente que produzca un efecto similar de desposesión.

365. El APRI no define los conceptos de “expropiación”, “nacionalización” ni “medida equivalente”, y esta laguna debe integrarse, tal como ordena el art. 8.4 del Tratado, “en base a los principios del Derecho Internacional en la materia”.

(...)

375. La prohibición de adoptar medidas expropiatorias, nacionalizadoras o equivalentes no es absoluta. El APRI las permite, siempre que se cumpla una triple condición (y además se pague la correspondiente indemnización):

- Que obedezcan a causa de utilidad pública;
- Que no sean discriminatorias;
- Ni contrarias a un compromiso particular adquirido por el Estado frente al inversor o a un tercero.

376. Una expropiación legítima obliga al pago de una compensación adecuada, cuyo monto y modalidades de pago se debe fijar a más tardar a la fecha de la desposesión. Para ser adecuada la compensación:

- Debe equivaler al valor real de las inversiones afectadas;
- Debe ser calculada en relación a una situación económica normal anterior a cualquier amenaza de desposesión;
- Debe ser efectivamente realizable y libremente transferible;
- Debe ser pagada sin demora;
- Y debe devengar intereses a una tasa apropiada hasta la fecha de pago.

(...)

381. Los hechos probados muestran que Sauri en su momento fue propietaria, a través de OSM, de una participación indirecta del 32,08% en la Concesión para la distribución de agua potable y la prestación de servicios de saneamientos en la Provincia de Mendoza, que OSM ha sido desposeída de la Concesión en virtud de actos administrativos y legislativos adoptados por la Provincia, que la Provincia ha otorgado la misma Concesión a una empresa pública controlada por ella, y que OSM se halla en proceso de liquidación, sin que Sauri haya recibido o tenga expectativa de recibir compensación alguna.

382. En opinión del Tribunal Arbitral, estas actuaciones constituyen “medidas de expropiación o de nacionalización” incompatibles con el art. 5.2. del APRI, adoptadas por la Provincia de Mendoza, y de las que la República Argentina es internacionalmente responsable.

(...)

392. En resumen: El Tribunal Arbitral concluye que las medidas adoptadas por la Provincia constituyen una expropiación directa, y más concretamente una nacionalización, a los efectos del art. 5.2 del APRI. La siguiente cuestión que el Tribunal tiene que abordar

es si estas medidas están justificadas y dan o no derecho a Sauri a ser indemnizado por el daño sufrido”.

En el caso *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador* (Caso CIADI n° ARB/06/11), las demandantes argumentaron que el Decreto de caducidad aprobado por las autoridades ecuatorianas había constituido una expropiación ilícita de la inversión en violación del Artículo III.1 del APPRI celebrado entre Ecuador y los Estados Unidos de América. A este respecto, el Tribunal sostuvo que se podía identificar una medida equivalente a la expropiación:

“455. El Tribunal está de acuerdo con las Demandantes. Luego de haber determinado en la sección anterior del presente Laudo que el Decreto de Caducidad fue sancionado en violación del derecho ecuatoriano, del derecho internacional consuetudinario y de la obligación de la Demandada establecida en el Artículo II.3(a) de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión de las Demandantes, el Tribunal no duda en concluir que, en las circunstancias particulares del presente caso que ha analizado precedentemente, la privación por parte de la Demandada de la inversión de las Demandantes mediante dicha sanción administrativa constituyó una medida “equivalente a la expropiación” y, por lo tanto, una violación del Artículo III.1 del Tratado (...)”.

Otra de las cuestiones sobre la que se tuvo que pronunciar el Tribunal arbitral designado para resolver el caso *Electrabel S.A. c. Hungría* consistía en dirimir si Hungría, al dar repentinamente por finalizado unilateralmente el acuerdo entre el Estado y la compañía húngara *Dunamenti*, había vulnerado o no el Artículo 13 del Tratado sobre la Carta de Energía, en el que se recoge la prohibición del Estado receptor de una inversión de expropiar, nacionalizar o llevar a cabo cualquier otra medida de efecto equivalente sobre las inversiones realizadas por inversores de otra parte contratante sin que medie una pronta y adecuada compensación. El Tribunal, basándose en varios precedentes de la práctica arbitral, consideró que en este caso no se produjo una expropiación directa ni indirecta de la inversión por parte de Hungría:

“6.52 As regards direct expropriation, the Tribunal determines that Electrabel cannot contend, on the indisputable facts of this case, that its investment, in the form of its own interests in Dunamenti or even Dunamenti itself, was directly expropriated by Hungary. There was no taking of Electrabel’s investment in Dunamenti; and, as regards the PPA, there was no taking by Hungary for itself, nor was the PPA transferred by Hungary to any third party.

6.53 As regards indirect expropriation, the Tribunal considers that the wording of Article 13(1) ECT requires Electrabel to establish that the effect of the PPA’s termination by Hungary was materially the same as if its investment in Dunamenti had been nationalized or directly expropriated by Hungary. In other words, Electrabel must prove, on the facts of this case, that its investment lost all significant economic value with the PPA’s early termination. As described by Professors Paulsson and Douglas in regards to the test under international law, equally applicable to the ECT, “... the analysis should focus on the nature or magnitude of the interference to the investor’s property interests in its investment caused by the measures attributable to the Host State to determine whether those acts amount to a taking.” In terminating the PPA by legislation, the Tribunal notes that Hungary has not deprived Dunamenti of the use of its power plant, equipment or other real property; and Dunamenti’s business, taken as a whole, was not rendered financially worthless by the PPA’s early termination but has continued thereafter as an economic

concern competing in Hungary's electricity market, with its plant still operational and operated by Dunamenti.

(...)

6.62 In short, the Tribunal considers that the accumulated mass of international legal materials, comprising both arbitral decisions and doctrinal writings, describe for both direct and indirect expropriation, consistently albeit in different terms, the requirement under international law for the investor to establish the substantial, radical, severe, devastating or fundamental deprivation of its rights or the virtual annihilation, effective neutralisation or factual destruction of its investment, its value or enjoyment. (...) Conversely, arbitral Tribunals have rejected claims for expropriation under international law where the investor has failed to meet this test for "substantial" deprivation, including: CMS (2005), paragraphs 260-264; and Azurix (2006), paragraph 321. It is unnecessary to add to these citations here, given their consistent approach to the juridical point here at issue.

6.63 Applying this same approach, the Tribunal determines that Electrabel has failed to meet the test for indirect expropriation under international law. Moreover, the Tribunal also interprets the terms of Article 13(1) ECT as requiring Electrabel to meet the test for substantial deprivation both for direct expropriation and indirect expropriation having the equivalent effect to direct expropriation or nationalisation. On the facts of this case, the Tribunal determines that Electrabel has not met that test in regard to the PPA's early termination, even if (contrary to the Tribunal's approach) it were different from the test under international law".

6. Excepciones a la obligación internacional de protección de las inversiones extranjeras

En el caso *Daimler Financial Services AG c. Argentina* el Tribunal arbitral valoró si la defensa de Argentina basada en la adopción de medidas de carácter general en respuesta a una emergencia nacional, como una crisis económica, era causa suficiente para declararse incompetente. El Tribunal determinó que en la medida en que Argentina podía violar obligaciones internacionales voluntariamente asumidas con respecto a inversores alemanes en virtud del APPRI, se vería obligada a indemnizar a la demandante:

"100. The Tribunal is mindful of the Respondent's right to regulate its economy as it sees fit. This right adheres in the sovereign Government of Argentina both in times of economic crisis and otherwise. But the Respondent's general sovereignty is not at issue in these proceedings. What is at issue is the Respondent's obligation to observe its treaty commitments under the German-Argentine BIT. The Claimant has not alleged that Argentina may not exercise its powers to regulate its economy nor that such regulation may never negatively affect the Claimant. Rather, it has alleged that where Argentina elects to exercise its powers in a manner that contravenes one of Argentina's voluntarily assumed international obligations to German investors under the German-Argentine BIT, and where such contravention specifically harms the Claimant's investment, Argentina must compensate the Claimant for the violation".

En el caso *SAUR International S.A. c. Argentina*, frente a los argumentos presentados por la parte demandante alegando el incumplimiento del APPRI celebrado entre Francia y Argentina por expropiación, violación de los principios de tratamiento justo y

equitativo y de protección y plena seguridad, Argentina invocó, alegando las circunstancias que rodearon la crisis nacional de 2001, la defensa de estado de necesidad bajo el DI general para el hipotético caso de que el Tribunal considerara que las medidas adoptadas por sus autoridades constituyeran una violación del APPRI, a lo que el Tribunal respondió:

“458. La República Argentina ha alegado que las medidas excepcionales adoptadas a comienzos del año 2002, que arrancan con la Ley n° 25.261 que declaró la “emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria”, habrían provocado una situación de estado de necesidad que excluiría su responsabilidad internacional – tanto por aplicación de los principios de Derecho internacional consuetudinario como del art. 5.3 del APRI. La Demandante niega la existencia de estado de necesidad y las consecuencias que la República pretende inducir de su existencia.

459. El Tribunal Arbitral constata que el estado de necesidad es una institución reconocida en el Derecho internacional consuetudinario, tal como ha afirmado la Corte Internacional de Justicia en el caso Gabčíkovo-Nagymaros:

“The Court considers, first of all, that the state of necessity is a ground recognized by customary international law for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation. It observes moreover that such ground for precluding wrongfulness can only be accepted on an exceptional basis.”

460. A los efectos de esta litis, no es preciso que el Tribunal realice un análisis pormenorizado del concepto, los requisitos y los efectos de la defensa de estado de necesidad, ni de la correcta interpretación del art. 5.3 del APRI. Para que una medida del Estado se pueda beneficiar de la existencia de estado de necesidad o del tratamiento previsto en el art. 5.3 del APRI, es preciso que entre el estado de necesidad y dicha medida exista un nexo de unión: la medida debe haber sido dictada por causa del estado de necesidad, y para impedir los efectos perniciosos para el bien común que, sin tal medida, se habrían provocado.

461. En el presente caso, a partir del año 2009 la Provincia adoptó determinadas medidas, que han producido efectos expropiatorios y nacionalizadores en perjuicio de OSM. Dichas medidas se hallan temporalmente muy alejadas de la fecha en la que la República alega se produjo el estado de emergencia – comienzos de 2002. Existen numerosos indicios que muestran que varios años antes de dictarse las medidas expropiatorias la situación en Argentina se había normalizado y el estado de emergencia había desaparecido. El indicio más claro es que en el año 2005, Argentina logró reestructurar su deuda soberana y salir del default. A partir de ese momento, parece difícil defender que la situación de emergencia no había sido resuelta.

462. Pero existe una segunda razón, que imposibilita todo intento de defensa basada en el estado de emergencia decretado en el año 2002. Como con toda razón ha declarado la propia Demandada, con el paso del tiempo “los efectos de la crisis fueron desapareciendo” y “la Concesionaria y la Provincia de Mendoza a través de un procedimiento de renegociación lograron celebrar dos Cartas de Entendimiento, a través de las cuales compensaron sus obligaciones recíprocas y readecuaron el Contrato de Concesión a las nuevas circunstancias existentes”. El estado de emergencia provocó pues la renegociación del Contrato de Concesión, y esta renegociación desembocó en una transacción, formalizada en la Segunda Carta de Entendimiento. En este contrato las partes zanjaron de forma definitiva todas las desavenencias debidas a la situación de emergencia por la que atravesó Argentina a partir de 2002. Firmada la Segunda Carta, el efecto de cosa juzgada precluye la posibilidad de que ninguna de las partes pueda

exhumar, bien como pretensión, bien como defensa, aquellas cuestiones que ya fueron transadas.

463. Aún existe un tercer argumento: la decisión del Gobernador de intervenir OSM se fundamenta en las razones identificadas por el EPAS en su informe de 7 de julio de 2009. Se trata del mal estado de ciertas instalaciones, del incumplimientos de metas, de la baja presión del suministro, de problemas de calidad, de ausencia de plan de contingencia, de imposición de multas, de incumplimiento de obligaciones de invertir— todas ellas causas que nada tienen que ver con el estado de emergencia económico decretado por el Estado en 2002, sino con el manejo de la Concesión por la Concesionaria en 2008 y 2009. No existiendo —ni remotamente— relación de causa y efecto entre el estado de emergencia y la media expropiatoria generadora de responsabilidad iusinternacional, la defensa argüida por la República Argentina no puede prosperar”.

IV. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y OTROS SECTORES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO⁹

Durante el período de referencia para la presente crónica se han adoptado una serie de decisiones que tienen muy en cuenta las interacciones entre el DI económico en sentido estricto y otros sectores normativos del ordenamiento internacional como el DI de los derechos humanos y el Derecho de la UE.

1. Derecho Internacional de los derechos humanos

En el caso *Quasar de Valores SICAV, S.A., Orgor de Valores SICAV, S.A., GBI 9000 SICAV, S.A., y ALOS 34, S.L. c. Rusia* (Caso CCE nº 24/2007), el Tribunal relacionó el caso sobre el que estaba llamado a fallar con el caso *RosInvest UK Ltd. c. Rusia*, así como con el caso *Yukos c. Rusia* ventilado por el TEDH mediante sentencia de 8-3-2011.

El Tribunal señaló que no estaba vinculado por estas decisiones y, en particular, adoptó criterios distintos al TEDH. El Tribunal explicó esta divergencia afirmando que las bases legales para ambas instancias judiciales son diferentes y señalando que el TEDH emplea la noción de “margen de apreciación nacional” para remitirse a las apreciaciones de los propios Estados en muchos aspectos de la conducta estatal. El Tribunal señaló al respecto lo siguiente:

“42. This point serves to underscore the difference between the present case and Yukos v. Russia, where the ECHR resolved a series of contentions about Russia’s compliance or otherwise with specific provisions of the European Convention on Human Rights, without considering whether or not the Respondent’s measures, as a whole, amounted to an uncompensated expropriation of foreign investments as forbidden by this BIT and most —if not all— other BITs.

43. There is thus a fundamental difference between this case and Yukos v. Russia notwithstanding that both consider in very considerable detail the narrative of Yukos’

⁹ Epígrafe elaborado por el Dr. Bjorn Arp.

demise. But the same can also be said about this case and RosInvest, because the Tribunal in the latter award held that there had been an unlawful expropriation, which as the Claimants here concede is an issue which the present Tribunal is not authorised to resolve under the BIT which is relevant here.

44. This award decides whether there has been an uncompensated expropriation of the Claimants' investment. Any such finding requires a characterization of the Respondent's conduct, and its effects, as falling within the scope of Article 6 of the BIT (as opposed to simply the routine exercise of regulatory powers, as per the Respondent's case). For the purposes of this enquiry, the Tribunal will consider the arguments raised by the Parties as so many elements to be taken into account before making an overall assessment. No individual feature of the narrative is necessarily decisive, either as proof of compliance or otherwise with the law, or as evidence of an expropriatory effect as a matter of fact. Indeed, it may not be necessary to come to a firm view as to all discrete contentions if the totality of the circumstances point in a firm direction".

Un buen ejemplo de los efectos prácticos de la diferencia entre los estándares de ambos regímenes internacionales de protección se presentó al analizar el argumento de la demandante de que la supuesta falta de pago de impuestos constituía solo un pretexto para expropiar a la empresa *Yukos*. Si bien bajo la legislación nacional las acciones para ejecutar los impuestos adeudados al Estado eran legítimas, en su conjunto constituían una estrategia predeterminada para obtener la propiedad de dicha empresa. De hecho, *Rosneft*, una entidad controlada por el Estado, llegó a obtener el 93% de los activos de *Yukos* a consecuencia del mencionado proceso de cobro de impuestos adeudados al Estado.

El Tribunal arbitral señaló que el TEDH exige un estándar de “prueba incontrovertible y directa”, mientras que bajo el APPRI dicho estándar era menor, lo que le permitía concluir –a diferencia del TEDH– que las medidas de la Federación Rusa habían ido más allá de sus poderes legítimos de imposición tributaria, pasando a ser expropiación. Por tanto, en este caso, se observa que un estándar de prueba menos riguroso permitió al Tribunal arbitral efectuar una protección más amplia de los derechos del inversor que los que podía reclamar en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos ante el TEDH. En particular, el Tribunal sostuvo:

“125. The Tribunal recalls that the ECHR found that notwithstanding the “wide margin of appreciation,” the Russian Federation prevented Yukos from discharging its tax debt and violated Article 1 of Protocol No. 1 by “failing to strike a fair balance between the aims sought and the measures employed in the enforcement proceedings.” (651, 658) The ECHR specifically took issue with “the pace of the enforcement proceedings, the obligation to pay the full enforcement fee and the authorities’ failure to take proper account of the consequences of their actions.” (657) The ECHR refused, however, to find that Russia had misused the enforcement proceedings intentionally to destroy Yukos and take its assets. (665-66)

126. On the other hand, the RosInvest Tribunal, not being bound by Protocol No. 1’s “wide margin of appreciation,” but rather by the terms of the applicable BIT, found that Russia’s actions “must be seen as a treatment which can hardly be accepted as bona fide.” (567)

127. The present Tribunal has arrived at a conclusion consistent with the finding of the RosInvest Tribunal. As mentioned above, the timing and comprehensive scope of the asset

freeze hindered Yukos' ability to pay its tax debt. Furthermore, the Russian Federation's failure even to respond to the multiple settlement offers by Yukos, the largest private taxpayer in Russia, raises significant doubts as to whether the Respondent acted in good faith in attempting to resolve its tax dispute with Yukos. More suspicious are the circumstances surrounding the seizure and auction of YNG. The Respondent failed to take a number of actions that would have, according to the undisputed expert testimony of Mr Osterwald, increased the number of bidders and the corresponding bids. Tellingly, the YNG auction was won by the sole bidder, an unknown entity that placed a \$9.3 billion, uncontested winning bid for YNG, the largest oil production company in Russia, and was then acquired a mere three days later by state-owned Rosneft before payment of the purchase price was due.

128. Accordingly, the Tribunal concludes that the 15 April 2004 asset freeze, the Russian authorities' failure to consider Yukos' proposals of alternative means of paying the tax assessments, and the seizure and sale of Yukos' shares in YNG demonstrate that the Respondent intentionally prevented Yukos from discharging its tax debt. As discussed above, this conclusion supports the Claimants' allegation that the Russian Federation's goal was to expropriate Yukos, and not legitimately to collect taxes.

(...)

159. The present Tribunal endorses the conclusion of the RosInvest Tribunal, which was unable to "find any evidence on file sufficiently showing that these [liquidation] auctions were either breaching Russian law or even breaching the higher standards to be applied under the IPPA." (535) This Tribunal agrees. The Claimants in this proceeding have failed to demonstrate that the manner in which the bankruptcy and liquidation proceedings were commenced or conducted violated Russian law.

160. But as already noted several times, that is not the present issue. The Tribunal in this case is concerned with whether Yukos' tax delinquency was actually a pretext for the seizing of Yukos' assets and the transfer of them to Rosneft or one of its affiliates. And on this point, the Tribunal must take into account all the circumstances of this case.

(...)

177. Based on the extensive record in this proceeding, the Tribunal concludes that Yukos' tax delinquency was indeed a pretext for seizing Yukos assets and transferring them to Rosneft. As discussed above, this finding supports the Claimants' contention that the Russian Federation's real goal was to expropriate Yukos, and not to legitimately collect taxes".

Ante el argumento de que a la vista de la sentencia del TEDH se podría producir una doble condena del Estado si también el Tribunal arbitral fallara a favor de los demandantes en este caso, el Tribunal arbitral sostuvo que los demandantes, al ser extranjeros, no se llegarían a beneficiar de las medidas a las que estaba obligado el Estado en virtud de la sentencia del TEDH.

En el caso *SAUR International S.A. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/04/04), la demandada fundamentó su rechazo a todas las pretensiones sobre el fondo en varios argumentos. Entre ellos se encontraban argumentos de derechos humanos y del estado de necesidad (sobre el estado de necesidad en este caso, véase el apartado III.6 de la presente "Crónica"). Con ello, Argentina sigue una línea de argumentación presente en varios laudos sobre la suspensión de concesiones de suministro o

tratamiento de agua con motivo de la crisis financiera de 2001 [véase en la “Crónica” del año 2011 el comentario del caso *Impregilo S.p.A. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/17, Laudo de 21-6-2011)]. No obstante, conviene aclarar que el presente caso trataba de una suspensión de una concesión de tratamiento de agua en el año 2009, cuando la empresa no había logrado ejecutar un acuerdo de arreglo amistoso sobre los daños sufridos durante la crisis de 2001. La demandada alegaba que tenía que hacerse cargo del servicio de agua para evitar una grave afectación al interés público, la salud de la población y el derecho humano al agua en la provincia de Mendoza. El Laudo no arroja los elementos normativos que sustentan la alegación del Estado de la existencia de ese “derecho humano al agua” (véase la página 12 del Laudo). El Tribunal, después de tomar en cuenta estudios de peritaje sobre esta cuestión, reconoció la vigencia de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, que debían tomarse en cuenta en la aplicación de los APPRI de tal modo que el resultado fuera una aplicación compatible de ambos sectores del ordenamiento. La argumentación del Tribunal fue la siguiente:

“330. En realidad, los derechos humanos en general, y el derecho al agua en particular, constituyen una de las varias fuentes que el Tribunal deberá tomar en consideración para dirimir la disputa, pues esos derechos están integrados en el sistema jurídico argentino con rango constitucional, y además forman parte de los principios generales del Derecho internacional. El acceso a agua potable constituye, desde el punto de vista del Estado, un servicio público de primera necesidad, y desde la óptica del ciudadano un derecho fundamental (Doc. ONU, A/HRC/6/3 (2007), para. 13, p. 11. y para. 18, p. 13. Anexo MP 100). Por ello, en esta materia el ordenamiento jurídico puede y debe reservar a la Autoridad pública legítimas funciones de planificación, supervisión, policía, sanción, intervención e incluso rescisión, en protección del interés general”.

Esta argumentación conduce a otorgar cierto margen de apreciación al Estado acerca de los actos que pueda emprender con el objetivo de respetar los derechos humanos. El Tribunal arbitral hizo una valoración de estas facultades del Estado y señaló lo siguiente:

“331. Pero estas prerrogativas son compatibles con los derechos de los inversores a recibir la protección ofrecida por el APRI. El derecho fundamental al agua y el derecho del inversor a la protección ofrecida por el APRI, operan sobre planos diferentes: la empresa concesionaria de un servicio público de primera necesidad se halla en una situación de dependencia frente a la administración pública, que dispone de poderes especiales para garantizar el disfrute por la soberanía del derecho fundamental al agua; pero el ejercicio de esos poderes no es omnímodo, sino que debe ser conjugado con el respeto a los derechos y garantías otorgados al inversor extranjero en virtud del APRI. Si los poderes públicos deciden expropiar la inversión, dar al inversor un trato injusto o inequitativo o negarle la protección o plena seguridad comprometidas, todo ello en violación del APRI, el inversor tendrá derecho a ser indemnizado en los términos que el Tratado le reconoce.

332. Contrapesar estos dos principios será la tarea que el Tribunal deberá abordar al analizar las pretensiones substantivas presentadas por Sauri”.

Se observa que después de estas consideraciones sobre los poderes de policía y del respeto a las obligaciones de derechos humanos del Estado, la argumentación del Laudo

sobre el fondo del caso sólo se refiere a los poderes de policía, dejando de lado consideraciones sobre la compatibilidad de la protección prevista para el inversor y los derechos humanos.

En lugar de adentrarse en un estudio sobre la compatibilidad entre normas sobre protección de inversiones y derechos humanos, el Tribunal efectuó un análisis de la “justificabilidad” de las medidas (párrafos 401-404). Es más, el Tribunal insistió que aún si fuera justificada la medida de expropiación de la empresa de saneamiento de aguas, esta expropiación debería de cumplir todos los requisitos del Artículo 5.2 del APPRI celebrado entre Francia y Argentina. Entre estos requisitos, el Tribunal observó que no se había cumplido el requisito de que fueran “contrarias a un compromiso particular” ni que se hubiera abonado una “compensación pronta y adecuada” (párrafo 407). De este modo, el Tribunal afirmó:

“413. En resumen: es indiscutido que un Estado soberano, por causa de utilidad pública y actuando en defensa de lo que estima es el interés general, puede decidir en cualquier momento la nacionalización de un servicio público esencial como es el suministro de agua potable y de saneamiento. Pero una vez ejecutada la expropiación de la inversión perteneciente a un inversor extranjero protegido por el APRI, de lo que el Estado no puede escapar es de su obligación internacional, plasmada en el propio APRI, de indemnizarle por el valor real de los activos de los que ha sido privado – muy especialmente cuando la expropiación ha venido precedida por un claro incumplimiento de los compromisos asumidos por la Provincia frente al inversor”.

Otro caso objeto de comentario aporta algunas ideas reveladoras sobre la creciente importancia que el DI de los derechos humanos tiene para la práctica arbitral en materia de inversiones. El Laudo dictado en el caso *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador* (Caso CIADI n° ARB/06/11) contiene algunas observaciones sobre el principio de proporcionalidad. Bajo el epígrafe “La proporcionalidad en el contexto de las diferencias internacionales relativas a inversiones”, el Tribunal incluyó consideraciones sobre la jurisprudencia europea, tanto del Tribunal de Justicia de la UE como del TEDH (párrafo 403). Aunque esta clasificación puede parecer novedosa, es cierto que el TEDH puede conocer de situaciones calificables de “inversiones”, y su jurisprudencia al respecto ya es amplia. El Tribunal reconoció que en casos anteriores los Tribunales de arbitrajes de inversiones se habían inspirado en la jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos para determinar el contenido del principio de proporcionalidad. El Tribunal señaló:

“409. Con posterioridad al caso Tecmed, un Tribunal del CIADI consideró en el caso Azurix el tema de la proporcionalidad en el marco de medidas que habían sido adoptadas con una supuesta finalidad pública. El Tribunal en el caso Azurix estuvo de acuerdo con la utilización de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Tecmed – en particular el caso de James y otros – e hizo especial hincapié en la necesidad de que exista proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido. Cabe señalar que este es el mismo principio consagrado en el Artículo 11 del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública ecuatoriano”.

Sobre el análisis de la proporcionalidad en este caso, véase el apartado III.2 de la presente “Crónica”.

2. Derecho de la Unión Europea

En el caso *Electrabel S.A. c. Hungary* (Caso CIADI nº ARB/07/19), el Tribunal tenía ante sí la interpretación no sólo de ciertas normas internas húngaras, sino también de disposiciones del Derecho de la UE. La Comisión Europea había presentado observaciones en calidad de parte no litigante, por invitación del Tribunal de acuerdo con el Artículo 37.2 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

Una cuestión relevante para la decisión del arbitraje fue la posición del Derecho de la UE con relación al ordenamiento interno de Hungría, así como del Derecho de inversiones consagrado en el Tratado sobre la Carta de la Energía y del Convenio del CIADI (párrafo 4.111). Al hacer este análisis, el Tribunal se debatió entre si el Derecho de la UE es “derecho” o si meramente constituye “hechos” para los efectos del arbitraje de inversiones. El Tribunal analizó la naturaleza jurídica del Derecho de la UE y la contrastó con los efectos que puede tener sobre distintos órganos judiciales. Las conclusiones del Tribunal fueron las siguientes:

“4.148. First, as far as the courts and Tribunals of EU Member States are concerned (but not private arbitration Tribunals), a certain uniformity of interpretation is made possible by their capacity (by any such court or Tribunal) and their obligation (by a court or Tribunal against whose decisions there is no judicial remedy under national law) to refer preliminary questions of interpretation of EU law to the ECJ under Article 234 EC (now Article 267 TFEU). The Tribunal notes the fact that EU national courts retain a certain degree of discretion in their decision to refer a question of interpretation to the ECJ and that the courts of last resort may use the legal theory of acte clair to retain also a further element of discretion. In other words, there is no automatic reference to or seizure by the ECJ, as soon as any question of EU law arises in a dispute before an EU national court. This factor leaves open the possibility, if not even probability, of divergent interpretations or applications of EU law to similar disputes by courts and Tribunals within the European Union.

4.149. Second, as far as the courts and Tribunals of non-EU Member States are concerned, there is no possibility for them to refer to the ECJ any question of interpretation of EU law. In other words, to take only one example, a Japanese court deciding a dispute between an EU company and a Japanese company might have to interpret and apply a mandatory rule of EU law relevant to the parties’ transaction: in such a case, this exercise cannot be controlled by the ECJ if there is no later enforcement of the Japanese judgment within the European Union. Only if there were such enforcement proceedings before the national court of an EU Member State could the possibility arise of a reference to the ECJ, but the same discretions would then apply as described above, meaning that control by the ECJ would remain only a possibility and not a certainty. This factor leaves open the further probability of divergent interpretations or applications of EU law to similar disputes by courts and Tribunals outside the European Union.

4.150. Third, as far as arbitration is concerned, Article 234 EC (now Article 267 TFEU) prevents arbitration between EU Member States. This was ostensibly decided in the Mox Plant case between the United Kingdom and the Republic of Ireland, where the ECJ held that EU Member States are prevented from submitting their disputes to “any other method of dispute settlement” than the method provided by EU law; and that, as a result, the ECJ has exclusive jurisdiction to resolve any dispute between two EU Member States that at least partially raises an issue of EU law. It is however doubtful whether this decision of the ECJ would prevent, for example, the International Court of Justice (ICJ) from deciding any

issue of EU law, if raised in a dispute involving two or more EU Member States. It is not however necessary to interpret any further the ECJ's decision in the Mox Plant case, given that the Parties' dispute does not here involve two EU Member States.

4.151. Fourth, as regards an international or national arbitration Tribunal in a dispute not involving two or more EU Member States as parties, there is no provision equivalent to Article 292 EC (now Article 344 TFEU) dealing with arbitration between two or more private parties, nationals of Member States, or with mixed disputes settlement mechanisms such as investor-state arbitration between individuals, nationals of EU Member States and an EU Member State under the ICSID Convention or other international instruments. Article 292 EC is not applicable to these arbitration Tribunals. If the submissions made by the European Commission were correct, this would seem to be an extraordinary omission.

4.152. As regards arbitrations between private parties, it has long been recognised by the ECJ that such arbitrations are frequently held within the EU, interpreting and applying EU law, and do not thereby infringe the monopoly of interpretation of EU law by the ECJ, as illustrated (for example) by the Eco Swiss case.

4.153. However, the Tribunal recognises that one reason why the ECJ did not find such an arbitration objectionable under EU law in the Eco Swiss case was because the award made in that arbitration (with its arbitral seat in the Netherlands) remained subject to the control of the Dutch national courts; and these Dutch courts could seek an interpretation of EU law from the ECJ under Article 234 EC. The ECJ long ago decided that a private arbitration Tribunal is not a national court or Tribunal under Article 234 EC, with no capacity itself to refer any question of EU law to the ECJ. This recognition necessarily extends not only to arbitration Tribunals seated within the European Union but also to Tribunals seated outside the European Union. The present case concerns an international arbitration between a private party –a national of an EU Member State– and an EU Member State, held outside the EU. It also concerns an arbitration subject to the ICSID Convention, as incorporated in Hungary and in the laws of almost all EU Member States. In the Tribunal's view, this arbitration does not come under Article 292 EC and cannot therefore infringe EU law. There is indeed no rule in EU law that provides, expressly or impliedly, that such an international arbitration is inconsistent with EU law. Again, if the submissions made by the European Commission were correct, this would also seem to be an extraordinary omission.

(...)

4.162. In other words, even when disputes raising issues of EU law are decided by international arbitration, if the resulting award is honoured voluntarily by the EU Member State or enforced judicially within the European Union against that Member State, the ECJ retains the possibility, through different mechanisms for both ICSID and non-ICSID awards under the EU Treaties, to exercise its traditional role as the ultimate guardian of EU law.

4.163. The Tribunal notes the still more important fact that the European Union also accepted in signing the ECT to submit itself to international arbitration, thereby accepting the possibility of an arbitration between the European Union and private parties, whether nationals of EU or Non-EU Member States and whether held within or without the EU. This acceptance did not and could not include ICSID arbitrations, given the inability of the European Union (not being a State) to sign the ICSID Convention and its reservation to such effect. There is however no reason to infer that, if the European Union had been able to accede to the ICSID Convention, its acceptance of international arbitration would not have extended to arbitrations under the ICSID Convention.

4.164. *In the Tribunal's view, if the European Union has itself accepted to submit to arbitration a dispute with a private investor concerning the application of the ECT (as it did), it cannot properly argue that such an arbitration is not similarly available to the same private investor advancing a claim under the ECT against an EU Member State, including an arbitration under the ICSID Convention".*

El Tribunal concluyó que no existe ninguna incompatibilidad entre el Tratado sobre la Carta de la Energía y el Derecho de la UE. Formuló sus observaciones de la siguiente manera:

"4.166. In conclusion, the Tribunal has found no legal rule or principle of EU law that would prevent this Tribunal from exercising its functions in this arbitration under Article 26 of the ECT. In the Tribunal's view, there is no inconsistency between the ECT and EU law as regards the rules and principles of international law applicable to the Parties' arbitration agreement contained in the ECT and the ICSID Convention (...) or applicable to the merits of the Claimant's claims and the Respondent's defences under the ECT".

Estas consideraciones llevaron al Tribunal a concluir que un arbitraje conforme con las normas del Tratado sobre la Carta de la Energía puede coexistir con la obligación de respetar el Derecho de la UE. El Tribunal se expresó de la siguiente manera:

"4.195. The Tribunal further concludes that EU law (not limited to EU Treaties) forms part of the rules and principles of international law applicable to the Parties' dispute under Article 26(6) ECT. Moreover EU law, as part of the Respondent's national law, is also to be taken into account as a fact relevant to the Parties' dispute.

4.196. As regards the Parties' arbitration agreement and the merits of their dispute, the Tribunal concludes that there is in this case no material inconsistency between the ECT and EU law.

4.197. The Tribunal recognises the special status of EU law operating as a body of supranational law within the EU. It also recognises the roles undertaken by the ECJ as the arbiter and gate-keeper of EU law comprising, in the words of ECJ Opinion 1/09, "the fundamental elements of the legal order and judicial system of the EU" (paragraph 54). However, these important features do not arise in the present case.

(...)

4.199. Lastly, the Tribunal recognises that it is an international Tribunal established under the ECT and the ICSID Convention, in an international arbitration with no seat or legal place within the European Union and with its award potentially enforceable under the ICSID Convention both within and without the European Union. The Tribunal does not consider that any of these factors affect its conclusions as regards the law applicable to the Parties' arbitration agreement, the Tribunal's jurisdiction and the merits of their dispute".

V. LA REVISIÓN Y LA ANULACIÓN DE LAS DECISIONES ARBITRALES¹⁰

El primero de los casos analizados es *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erőmű Kft. c. Hungría* (Caso CIADI nº ARB/07/22), en el que mediante Decisión de 29-6-2012 una Comisión *ad hoc* rechazó en su integridad una solicitud de anulación del Laudo inicial notificado a las partes el 23-9-2010 presentada por las demandantes.

En la primera parte de la Decisión (Sección II) la Comisión *ad hoc* sentó las bases, con vagas referencias a la jurisprudencia, del cometido que le corresponde a una comisión de su naturaleza bajo el Artículo 52 del Convenio CIADI. Para empezar, hizo la tradicional distinción jurisprudencial entre *anulación* y *apelación*:

“15. As a preliminary matter, the Committee notes that the scope of its present task is limited to determining whether to annul either all or part of the Award, or to let the Award stand. As unambiguously expressed in Article 53 of the Convention, an award is not subject to an appeal. Annulment must therefore be different from appeal. It is well settled in international investment arbitration that an ad hoc committee may not substitute its own judgment on the merits for that of a Tribunal. As such, the Committee has no competence to express any view on the substantive correctness of the Tribunal’s reasoning”.

La Comisión *ad hoc* usó los criterios de interpretación recogidos en el Artículo 31 del CVDT para incidir en la distinción entre *anulación* y *apelación*:

“17. (...) The text of the ICSID Convention is the result of long and profound debates. With respect to Articles 52 and 53 the drafters have taken great care to use terms which clearly express that annulment is an exhaustive, exceptional and narrowly circumscribed remedy and not an appeal. The interpretation of the terms must take this object and purpose into consideration and avoid an approach which would result in the qualification of a Tribunal’s reasoning as deficient, superficial, sub-standard, wrong, bad or otherwise faulty, in other words, a re-assessment of the merits which is typical for an appeal”.

En la segunda parte de la Decisión (Sección III) la Comisión *ad hoc* expuso su entendimiento de los motivos de anulación invocados por las demandantes.

En primer lugar, respecto del motivo recogido en el Artículo 52.1.b) del Convenio, “*que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades*”, la Comisión se centró en los dos términos sensibles de esta disposición, “extralimitado” y “manifiestamente”, también con base en la jurisprudencia y la doctrina:

“30. The Committee shares the view put forward by Applicants in these proceedings, and noted by Professor Schreuer, that a Tribunal may exceed its power by failing to exercise the jurisdiction which it possesses. As also noted by Hungary and Professor Schreuer, however, this notion “relates to a deviation from the arbitration agreement and not to a quantitative concept of jurisdiction”. Whilst the precise boundaries of such a distinction may be difficult to discern, it is uncontroversial that such a non-exercise must be “manifest” in the sense of being somehow significant or consequential. Indeed, the Parties in the present case are in agreement that such a non-exercise must be “result-

¹⁰ Epígrafe elaborado por el Dr. José Ángel Rueda García.

determinative”. This approach was confirmed, inter alia, by the Soufraki annulment committee in the passage cited by Applicants” (notas omitidas).

“31. Concerning the meaning of “manifest”, the Committee shares Professor Schreuer’s view that the term relates to the ease with which an excess of powers is perceived, rather than its gravity, and that such an excess must be able to “be discerned with little effort and without deeper analysis”. Such an approach is consistent with a manifest excess being one which is at once “textually obvious and substantively serious”” (notas omitidas).

En cuanto a la manera de abordar el análisis de este motivo de anulación de los laudos CIADI la Comisión *ad hoc* recordó las dos líneas jurisprudenciales existentes y prefirió no decantarse explícitamente por ninguna de ellas:

“32. The Committee notes, however, that the practice of ad hoc committees is mixed as regards how to apply such a test. On the one hand, some committees have adopted a two-step approach: determining first whether there has been an excess of powers before going on to determine whether such excess was manifest. Others, on the other hand, have adopted a prima facie approach under which a summary examination is undertaken in order to ascertain if any alleged excess of powers was so egregious as to be manifest. To the extent these tests are not explicitly referred to, the Committee’s findings below should be understood in light of the application of both tests. As will be shown below, the Committee’s conclusions are in any case not dependent on such a distinction”.

En segundo lugar, respecto del motivo previsto en el Artículo 52.1.e), “*que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde*”, la Comisión *ad hoc* se mostró preocupada por no rebasar la barrera de la revisión del fondo del asunto, función que no corresponde a una comisión *ad hoc*. Para ello se apoyó en las consideraciones efectuadas en las decisiones de anulación de los casos *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI n° ARB/02/7) y *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. Camerún y Société Camerounaise des Engrais* (Caso CIADI n° ARB/81/2, “*Klöckner I*”):

“47. Of all the grounds of annulment listed in Article 52(1) of the ICSID Convention, it is the failure to state reasons that holds the greatest danger of overlapping with an inadmissible review of the merits.

(...)

48. In light of the above, the Committee recognises that application of this ground of annulment must be made within parameters which characterise a failure to state reasons as opposed to a failure to state convincing or good reasons.

(...)

49. Nevertheless, there are certain circumstances in which annulment on these grounds will be permissible. The clearest example is where there is a total absence of reasons for the award. This, however, is “extremely unlikely”. As put by the Soufraki annulment committee, “there will probably never be a case where there is a total absence of reasons for the award”.

(...)

51. The Committee is mindful that even in Klöckner I, the threshold for annulment was set very high since there had to be “no way” that the committee could reconstitute the Tribunal’s reasoning.

(...)

54. Finally, for the reasons discussed above, the Committee also takes the view that the giving of frivolous reasons will almost never amount to a failure to state reasons within the meaning of Article 52(1)(e), since this would impermissibly encroach into appellate territory. The better approach is to recognise that reasons which are sufficiently frivolous or absurd in nature would in effect amount to no reasons at all” (notas omitidas).

En la tercera parte de la Decisión (Secciones IV-VIII) la Comisión *ad hoc* se detuvo a aplicar las anteriores consideraciones sobre los cinco puntos clave en los que las demandantes consideraban que concurrían razones para anular el Laudo bajo los motivos b) y e) del Artículo 52.1 del Convenio CIADI.

Respecto del primer punto (Sección IV), las demandantes sostenían que el Tribunal no había resuelto en el Laudo si los beneficios históricos logrados por ellas eran suficientemente excesivos para justificar la reintroducción por parte de Hungría de los precios regulados. Para las demandantes el Tribunal no había ejercitado su competencia en este punto por lo que alegaron que el Laudo debería ser anulado bajo el Artículo 52.1.b) (en el sentido de extralimitación negativa de sus facultades); además, consideraron que las conclusiones alcanzadas por el Tribunal carecían de motivación por lo que el Laudo también sería anulable por mor del Artículo 52.1.e).

En el Laudo el Tribunal había analizado las medidas adoptadas por Hungría siguiendo el denominado *two-pronged test*, utilizado por el Tribunal arbitral del caso *Saluka Investments B.V. c. República Checa* (Caso CPA/CNUDMI, Laudo de 17-3-2006). Este test, usado para el análisis de la compatibilidad de las políticas públicas con las obligaciones internacionales contraídas por el Estado, consiste en dos pasos. El primero requiere identificar un objetivo político racional perseguido por el Estado para atender una cuestión de interés público. Y el segundo es la valoración de la razonabilidad de la medida adoptada por el Estado para lograr el objetivo político concreto, incluyendo si hay una correlación razonable entre el objetivo y la medida impugnada.

Para la Comisión *ad hoc* el Tribunal llevó a cabo una aplicación adecuada del citado test. En cuanto al primer paso, la identificación del objetivo político:

“69. Concerning the first prong of the Saluka test, the Tribunal set forth the standard that “a rational policy is taken by a State following a logical (good sense) explanation and with the aim of addressing a public interest matter”. Having considered the various arguments presented to it, the Tribunal identified Hungary’s aim in implementing regulated pricing as addressing the concern that “profits enjoyed by the PPAs, in the absence of either competition or regulation, exceeded reasonable rates of return for public utility sales”. The Tribunal noted that Hungary “was motivated principally by widespread concerns relating to [...] excessive profits earned by generators and the burden on consumers”. As such, the Tribunal concluded that “it was a perfectly valid and rational policy objective for a government to address luxury profits”. The Committee is therefore unable to find, as argued by AES, that Hungary’s sole objective was to address historic luxury profits.

70. The Committee is unable to accept Applicants' contention that the Tribunal employed contradictory or frivolous reasoning in coming to this conclusion" (notas omitidas).

Y en cuanto al segundo paso del test, la razonabilidad de la medida adoptada por Hungría:

"71. Concerning the second prong of the Saluka test, in determining whether the impugned measures taken by Hungary were reasonable, the Tribunal enunciated that there needs to be an appropriate correlation between the State's public policy objective and the measure adopted to achieve it, and that this had to do with the nature of the measure and the way it is implemented.

(...)

75. (...) Further, the Tribunal concluded that whilst regulated prices unquestionably reduced generator prices, they still permitted generators (including AES) to receive a reasonable return.

(...)

78. For the same reasons as listed above, the Committee is also unable to find that the Tribunal's reasoning was either contradictory or frivolous. The Tribunal observed that it cannot be a reasonable measure for a state to force a private party to change or give up its contractual rights with respect to its production capacities. It found, however, that a state can exercise its legislative powers with respect to consumer protection against overly burdensome prices even if this has the consequence that private interests such as an investor's contractual rights are affected, as long as that effect is the consequence of a measure based on public policy that was not aimed solely at affecting those contractual rights. The Tribunal found that this was the case here. Hungary acted in furtherance of a distinct, legitimate objective. Indeed, the Tribunal explicitly stated that "the decision was not made with the intention of affecting Claimants' contractual rights". It is not the Committee's task to appraise the quality of the Tribunal's distinction and reasoning. It finds, however, that the distinction is understandable and thus neither contradictory nor frivolous" (notas omitidas).

Respecto del segundo punto (Sección V), las demandantes habían alegado que contaban con una serie de expectativas legítimas desde el tiempo de la realización de la inversión en Hungría y que fueron vulneradas como consecuencia de la reintroducción de los precios regulados en 2006 y 2007. Por ello, las demandantes esgrimieron que se había producido una violación del estándar de tratamiento justo y equitativo recogido en el Artículo 10.1 del Tratado sobre la Carta de la Energía. Sin embargo, el Tribunal estimó que las demandantes no podían considerar que Hungría no fuera a reintroducir un régimen de precio administrativo durante la duración del contrato que las ligaba desde 2001 y rechazó que, de acuerdo con los hechos, realmente tuvieran una expectativa legítima de que eso no fuera a suceder.

La Comisión *ad hoc* rechazó en primer lugar que la aproximación al tema adoptada por el Tribunal hubiera sido incorrecta por haber analizado la medida bajo un test irracional ("test de la certeza absoluta") o por no haber seguido determinados precedentes arbitrales:

“95. Regarding the “absolute certainty” issue, the Committee is unable to find that the Tribunal has introduced a distinct legal standard which is invented, illogical or otherwise incorrect. As noted by Hungary, the reference only appears in the Award after the Tribunal found that, as a matter of law, in order to be legitimate and bind government conduct, an expectation has to be based on express governmental assurances and representations. The Tribunal then found, as a matter of fact, that AES failed to produce evidence of those assurances or representations.

96. Contrary to AES’s submissions, the relevant section of the Award does not enunciate a self-contained standard. Its effect is to distinguish between probabilities which may be the basis for subjective expectations of an investor and binding obligations on a state under international law. Although AES may have subjectively believed that it was probable there would be no reintroduction of administrative pricing after 2004, absent any specific governmental assurance, there was no absolute legal certainty in this respect. The only assurance for the investor was that there would be a reasonable rate of return.

97. In any case, determination of the legal test for legitimate expectations was within the Tribunal’s discretion. Having determined that the reference to “absolute certainty” was not the creation of a new legal standard, the Committee does not, in principle, have to address AES’s claim that the Tribunal did not apply the proper law.

(...)

98. Whilst the Committee is mindful that in exceptional circumstances an error of law may be so egregious as to merit annulment, it does not consider this to be the case with respect to the Tribunal’s reference to an “absolute certainty standard”. The Committee does not therefore find it necessary to engage in an analysis of whether the Tribunal adopted the preferable legal test for legitimate expectations, be it under Parkerings or otherwise.

(...)

99. Moreover, the mere fact that a Tribunal does not follow the prevailing jurisprudence on a given issue is not an error of law per se. There is no system of binding precedent in ICSID jurisprudence. If one were to follow AES’s theory, ICSID jurisprudence would be condemned to remain static and immutable, without the possibility of any evolution or innovative decisions” (notas omitidas).

La Comisión *ad hoc* consideró, en segundo lugar, suficientemente argumentado por el Tribunal que no existieran expectativas legítimas a favor de las demandantes:

“101. In its application of the legal standards to the facts, the Tribunal determined that legitimate expectations can only be created at the moment of investment.

(...)

103. With respect to 1996, the Tribunal concluded that: “AES Summit can have had no legitimate expectation at that time regarding the conduct of Hungary about which it now complains (i.e., the fact of, motivation for and methodology relating to the reintroduction of administrative pricing in 2006/2007). Both the privatization materials and the relevant investment agreements (the original Tisza II PPA and the 1996 PSA [Purchase and Sale Agreement]) were explicit that Hungary would continue to set maximum administrative prices for electricity sales indefinitely into the future. This was subject only to the principle that such pricing would provide a “reasonable return” on investment, which would “target” returns in the general range of 8% on equity for the first regulatory period beginning in 1997”.

104. The Tribunal reached the same conclusion with respect to 2001. Asking itself whether “there were government representations and assurances made or given to Claimants at that time,” it concluded that “Hungary made no representations/gave no assurances of a nature that go to the heart of Claimants’ complaint – i.e., that following the termination of price administration on 31 December 2003, regulated pricing would not again be introduced”.

(...)

109. In light of these considerations, the Tribunal concluded that “Claimants cannot legitimately have been led by Hungary to expect that the regime of administrative pricing would not be reintroduced under any circumstances during the term of the 2001 Tisza II PPA”” (notas omitidas).

La Comisión *ad hoc* rechazó, en tercer lugar, que el Tribunal no hubiera dado razones para rechazar el test preferido por las demandantes, utilizado en el caso *Parkerings-Compagniet A.S. c. Lituania* (Caso CIADI n° ARB/05/8), o para negar que Hungría les hubiera creado expectativas legítimas:

“111. In accordance with several previous awards, the Tribunal decided that the correct test was whether there were government representations and assurances made or given to Claimants at the time of the investment and upon which they relied, of the sort alleged and whether Hungary acted in a manner contrary to such representations and assurances. There was no requirement that the Tribunal, in adopting this standard, should explain why it preferred such a test over any other.

(...)

113. As explained above, an Award may only be annulled for giving “frivolous” reasons in the exceptional event that they amount to no reasons at all.

114. Since the Tribunal had already found that no legitimate expectations existed, there could not be any waiver. It was only after it had made this finding that the Tribunal pointed out that the “Change in Law” provision had been introduced into the original Tisza II PPA by the 2001 Settlement Agreement.

(...)

116. The Committee therefore rejects AES’s claim that the Tribunal failed to state reasons for finding the absence of a stabilization clause or the presence of a change of law clause to be legally significant” (notas omitidas).

Respecto del tercer punto (Sección VI), el Tribunal había determinado que no había nada irracional en la reintroducción por Hungría de los precios administrativos que constituyera una vulneración del estándar de tratamiento justo y equitativo o que hubiera dificultado a las demandantes la gestión de sus inversiones mediante medidas irrazonables o discriminatorias. Con todo, el Tribunal entró a valorar si el procedimiento administrativo seguido para la reintroducción de los precios mediante Decretos de Precios había sido el adecuado; lo hizo siguiendo los criterios establecidos en *Técnicas Medioambientales TecMed, S.A. c. México* (Caso CIADI n° ARB(AF)/00/2) y concluyó que había sido así a pesar de algunas irregularidades.

La Comisión *ad hoc* aceptó las consideraciones hechas por el Tribunal en el Laudo y rechazó las reclamaciones de las demandantes para su anulación:

“132. The Arbitral Tribunal concluded that although there were several procedural shortcomings in Hungary’s implementation of the Price Decrees (the most obvious being the short deadline to submit comments) none was sufficient to constitute unfair and inequitable treatment.

(...)

133. In light of the Tribunal’s analysis, as described above, the Committee is unable to find that Applicants’ claim that the Tribunal failed to specifically address the role of the Ministry of Economy in setting the time frame is well-founded. Moreover, the Committee does not see in what way such an omission would have been result-determinative.

134. Applicants’ claim in the original proceedings was based on one single sentence in their post-hearing brief to the effect that “Hungary has never explained its self-imposed May deadline that appears arbitrary considering that the 2006 Price Decree was not issued until 24 November”.

135. In the Committee’s view, this argument barely required a response by the Tribunal given the limited degree of prominence with which it was advanced by AES in the original proceedings. Much less can it be regarded as “outcome-determinative”.

136. With respect to Applicants’ second complaint, AES submits that the Tribunal did not make any independent findings on the issue of Hungary’s alleged failure to perform a full costs and assets review during the implementation of pricing-regulation. Instead, AES argues, the Tribunal merely “recited Hungary’s unhelpful explanation that it was ‘impractical’ to perform a full costs review in the timeframe that the Ministry ‘had in mind’”.

(...)

139. There was therefore no reason for the Tribunal to make any other independent findings on the issue that Hungary had failed to perform a full costs and assets review during implementation of the pricing regulation.

140. The Committee is also unable to find that the Tribunal’s reasoning is contradictory. As discussed above, such a contradiction must amount to the Tribunal having effectively given no reasons at all. In light of the Tribunal’s reasoning described above, the Committee is unable to contemplate annulment of the Award on this basis. To do so would impermissibly cross the line into appellate review.

(...)

145. On the basis of the Tribunal’s reasoning as described above, under the prevailing legal standards the Committee considers it impossible to conclude that Claimants’ complaint that the Tribunal’s reasoning on due process was frivolous or contradictory is well founded” (notas omitidas).

Respecto del cuarto punto (Sección VII), el Tribunal había determinado que Hungría no había incumplido la obligación recogida en el Artículo 10.1 del Tratado por la cual “*las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables*

y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio”.

En su solicitud de anulación las demandantes se quejaron de que el Tribunal no había conferido a esa obligación un contenido positivo dado que, a su juicio, el Tribunal la había definido diciendo lo que no abarca. Sin embargo, para la Comisión *ad hoc* el Tribunal sí había dado un contenido positivo al estándar. Asimismo:

“157. The Tribunal also carefully examined the specific circumstances surrounding the measures taken by the State in the public interest and noted that a pricing regime in the third period did not significantly differ from those in the earlier cycles. The fact that these findings are contained in various other sections of the Award is irrelevant.

(...)

158. It was therefore entirely rational for the Arbitral Tribunal to decide that in these circumstances, “absent a specific commitment from Hungary that it would not reintroduce administrative pricing during the term of the 2001 PPA, Claimants cannot properly rely on an alleged breach of Hungary’s Treaty obligations to provide a stable legal environment””
(notas omitidas).

Y respecto del quinto punto (Sección VIII) la Comisión *ad hoc* tuvo que valorar las alegaciones hechas por las demandantes sobre la falta de determinación por parte del Tribunal en el Laudo de si las medidas eran o no contrarias a los Derechos húngaro y comunitario.

La Comisión *ad hoc* recalcó que las propias demandantes habían afirmado en sus escritos que el único Derecho aplicable era efectivamente el Tratado y las reglas y principios aplicables del DI, de acuerdo con el Artículo 26.6 del Tratado. Asimismo se mostró de acuerdo con la argumentación del Tribunal en cuanto que el Derecho de la UE debe ser tratado como un hecho a los efectos de determinar la ley aplicable al fondo del asunto y que en este punto era equiparable al derecho interno húngaro. Por otro lado, para la Comisión *ad hoc* un Tribunal tiene amplia discreción para formular la investigación de los hechos bajo el correspondiente estándar del Tratado:

“171. As mentioned above, the Tribunal adopted the standard that a “rational policy is taken by a State following a logical (good sense) explanation and with the aim of addressing a public interest matter”. The key point, as submitted by Hungary, is that a Tribunal has a wide discretion to formulate and apply the relevant enquiry under the treaty standard. Such a determination is not open to appeal.

(...)

173. As discussed above, the Tribunal arrived at the conclusion that “it is a perfectly valid and rational policy objective for a government to address luxury profits”.

174. The Tribunal therefore was not required to evaluate the legality of Hungary’s reintroduction of regulated pricing under Hungarian or EU law, since this was not part of its adopted standard.

175. *In any case, as discussed at length above, an error of law is not a valid basis for annulment. It is not open to AES or the ad hoc Committee to challenge the correctness of the standards applied by the Tribunal. Further, a Tribunal is not required to address every argument invoked by a party if it considers that this argument is not essential in deciding the issue before it*" (notas omitidas).

Para finalizar es de notar que, a pesar de haber rechazado en su integridad la solicitud de anulación, en materia de costas del procedimiento la Comisión *ad hoc* decidió que cada parte sufragara sus gastos y los comunes por mitad.

La segunda resolución de interés que comentamos en esta sección es la Decisión de 18-12-2012 emitida por una Comisión *ad hoc* en el caso *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (Caso CIADI nº ARB/98/2).

El procedimiento del que trae su causa esta Decisión es hasta la fecha el más largo de la historia del CIADI: la solicitud de arbitraje fue registrada por la Secretaría del Centro el 20-4-1998 y al cierre de estas líneas aún no ha sido completamente zanjado. Las demandantes son un ciudadano español, que era propietario de las acciones de una sociedad que controlaba un periódico partidario del presidente Salvador Allende al tiempo del golpe de Estado de 11-9-1973; y una fundación española que años después devino titular de una gran parte de esas acciones. Tras varias reconstituciones del Tribunal, derivadas de dos dimisiones y una recusación de sus miembros, el Tribunal resultante emitió un Laudo el 8-5-2008 sobre el que Chile presentó la solicitud de anulación que ahora ha sido resuelta. Dejaremos apuntado que en febrero de 2013 Chile solicitó a la Comisión *ad hoc* una decisión complementaria a la Decisión aquí reseñada mientras que en marzo de este mismo año las demandantes instaron la ejecución forzosa ante los Tribunales españoles de la parte no anulada del Laudo.

En el Laudo el Tribunal afirmó, primero, su competencia para conocer del asunto al amparo del APPRI celebrado entre España y Chile; y, segundo, constató que Chile había violado su obligación de beneficiar a las demandantes de un tratamiento justo y equitativo recogido en el Artículo 4.1 del APPRI en su dimensión de proscripción de la denegación de justicia. El Tribunal ordenó al Estado a pagarles una indemnización por valor de 10.132.690,18 dólares estadounidenses más intereses compuestos al 5% anual a partir del año 2002; asimismo, condenó a Chile a pagarles un total de 3.045.579,35 dólares estadounidenses en relación con las costas del procedimiento. La primera de las cantidades y el razonamiento jurídico del que deriva han sido anulados; no así la segunda cifra ni su fundamentación.

En la primera parte de la Decisión (Sección IV), de manera similar a lo comentado en el caso *AES c. Hungría*, la Comisión *ad hoc* analizó el alcance de los tres motivos de anulación invocados por Chile en su solicitud de anulación. Frente a otros casos, esta Comisión *ad hoc* despachó rápidamente y con contundencia la cuestión bien establecida de que una anulación no es una apelación [con cita del caso *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI nº ARB/02/7)].

En primer lugar, respecto del motivo recogido en el Artículo 52.1.b) del Convenio, “*que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades*”, la Comisión *ad hoc* parece que se decantó por la llamada *two-step approach* a la hora de identificar el método por el cual analizaría ese motivo. Siguiendo lo resuelto por la Comisión *ad hoc* del caso *CDC Group PLC c. Seychelles* (Caso CIADI n° ARB/02/14), *primero* hay que establecer si ha habido una extralimitación por parte del Tribunal y, *segundo*, valorar si es manifiesta:

“65. El Convenio del CIADI contempla la causal de anulación en virtud de una extralimitación manifiesta de facultades en el Artículo 52(1)(b). Conforme a la explicación de los Comentaristas, esta causal pretende asegurar, *inter alia*, que los Tribunales no excedan su competencia u omitan aplicar el derecho acordado entre las partes. Independientemente de la metodología a seguir, un comité de anulación debe analizar si el Tribunal superó el alcance de su autoridad y si dicha extralimitación es manifiesta” (notas omitidas).

“66. Con respecto a la extralimitación de facultades, ambas partes acuerdan que un Tribunal puede excederse en sus facultades básicamente de dos maneras: (i) ejerciendo incorrectamente su jurisdicción (o al no ejercer su jurisdicción) y (ii) al no aplicar la legislación correcta. Conforme al incumplimiento en la aplicación de la legislación correcta, las partes acuerdan que existe una distinción importante entre la falta de aplicación de la legislación correcta, que constituye una causal de anulación, y la aplicación incorrecta o errónea de dicha legislación, que no constituye una causal de anulación. El Comité está de acuerdo con esta afirmación.

(...)

67. El Comité destaca que Chile también afirma que, bajo ciertas circunstancias, una aplicación indebida de la ley, aunque se haya identificado la legislación correcta, puede llegar a ser de tan mayúscula naturaleza que podría equipararse, en la práctica, a una falta de aplicación de la legislación correcta” (notas omitidas).

(...)

69. Las partes difieren sobre el significado y el alcance del término “manifiesta”. (...) Por otra parte, la Demandada considera que “manifiesta” puede significar tanto “obvia” como “sustancial” y establecer la existencia de una manifiesta extralimitación de facultades de un Tribunal puede precisar de un análisis detallado de complejas cuestiones de hecho y de derecho. La necesidad de este análisis no significa, de por sí, que la extralimitación de las facultades no sea manifiesta.

70. El Comité concuerda con la Demandada en que una argumentación y un análisis extensos no excluyen la posibilidad de concluir que existe una extralimitación manifiesta de facultades, siempre y cuando sea lo suficientemente clara y grave. A su vez, el Comité considera que debe seguir un criterio de revisión sostenible en relación al enfoque del Tribunal” (notas omitidas).

En cuanto al segundo motivo de anulación, recogido en el Artículo 52.1.d) del Convenio, “*que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento*”, debemos subrayar la existencia de una disparidad entre los textos auténticos del Convenio en español, francés e inglés. La versión francesa habla de “*inobservation grave d’une règle fondamentale de procédure*” mientras que la versión inglesa indica

“that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure”, es decir, en ambos casos se añade el adjetivo *“fundamental”* que cualifica al sustantivo *“norma”*. En ninguna de las tres versiones auténticas de la Decisión reflexiona la Comisión *ad hoc* sobre este punto, en particular a la luz del Artículo 33.4 del CVDT (*“se adoptará el sentido corriente que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado”*), como sí hizo otra Comisión *ad hoc* en su Decisión de 8-1-2007 (párrafo 81) en el caso *Repsol YPF Ecuador, S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (Caso CIADI n° ARB/01/10). En todo caso, la Comisión *ad hoc* afirmó la importancia del adjetivo e hizo su análisis de este motivo en tres partes en todas las versiones de la Decisión: 1) que la norma de procedimiento sea *fundamental*; 2) que se hubiese producido el *quebrantamiento* de la norma; y 3) que el *quebrantamiento* sea *grave*:

“73. Las normas fundamentales de procedimiento son reglas esenciales para garantizar la integridad del proceso arbitral y todos los Tribunales del CIADI deben respetarlas. Las partes acuerdan que dichas normas incluyen el derecho a ser oído, el tratamiento justo y equitativo de las partes, la asignación adecuada de la carga de la prueba y la imparcialidad.

74. La segunda parte de la prueba exige que el Comité examine el expediente completo, incluso las Transcripciones y el Laudo, para determinar si el Tribunal violó la norma en cuestión o no.

75. La tercera parte de la prueba tiene relación con la gravedad del quebrantamiento. En este punto, el Comité indica que existe un desacuerdo importante entre las partes acerca de la manera de evaluarla gravedad de la violación.

(...)

77. Existen diferencias entre las partes acerca de la naturaleza del impacto de dicho quebrantamiento sobre el laudo. (...) La Demandada opina diferente y argumenta que probar sin sombra de duda que un Tribunal hubiese modificado su fallo le pone una carga que es demasiado grande con respecto al valor inherente del derecho mismo. Concluye que la esfera de competencia del Comité abarca cuestionarse que, si se hubiera seguido la norma, habría existido una posibilidad diferente (una “oportunidad”) que habría marcado una diferencia sobre una cuestión crítica.

78. El Comité se adhiere a la visión de la Demandada. Al solicitante no se le requiere probar que, de no ser por la violación de la regla, el resultado habría sido diferente, que seguramente habría ganado el caso.

(...)

82. En virtud de las Reglas 27 y 53 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, es posible que una de las partes renuncie a su derecho a objetar que un Tribunal haya cometido un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento, si no presenta su objeción al procedimiento del Tribunal al tomar conocimiento de dicho quebrantamiento, o con “prontitud” conforme a la Regla 27. Claramente, esta “renuncia” solo puede iniciarse si el solicitante sabía que el Tribunal, por su conducta, violó la norma y, por lo tanto, tuvo un tiempo razonable para presentar su objeción. Si el solicitante tomó conocimiento real o constructivo de que una regla ha sido violada solamente después de que el fallo estuvo disponible, no podrá alegarse que renunció a su derecho a objetar” (notas omitidas).

Y respecto del motivo previsto en el Artículo 52.1.e), “que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde”, la Comisión *ad hoc* expresó su acuerdo con una cita de la Decisión de anulación del caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/97/3, “*Vivendi I*”), en la que otra Comisión *ad hoc* trató de distinguir entre la falta de motivación (susceptible de anulación) y la falta de motivación correcta o convincente (no anulable):

“83. (...) [S]e acepta tanto en los casos como en la literatura que el Artículo 52(1)(e) se refiere a la omisión de expresar motivo alguno respecto de todo o parte de un laudo, no a la falta de expresión de razones correctas o convincentes [...] Siempre y cuando las razones que dé un Tribunal puedan ser comprendidas y se relacionen con las cuestiones tratadas ante el Tribunal, la exactitud de las mismas no es pertinente. Más aún, los motivos pueden manifestarse en forma sucinta o con todo detalle, y las diferentes tradiciones judiciales difieren en su manera de expresar las razones. Debe permitirse a los Tribunales cierta discrecionalidad en cuanto al modo en que expresan sus razones”.

En la opinión de la Comisión *ad hoc*, la anulación conforme al Artículo 52.1.e) sólo debe ocurrir en un caso muy manifiesto, siendo “necesario que se satisfagan dos requisitos: en primer término, que la omisión de expresar los motivos en que se fundó el Laudo debe suponer que la decisión sobre una cuestión en particular carece de cualquier justificación expresa y, en segundo término, que esa cuestión debe ser en sí misma necesaria para la decisión del Tribunal. Suele decirse que las razones contradictorias se cancelan recíprocamente, y así debe suceder si son genuinamente contradictorias. Pero en ocasiones los Tribunales deben compensar consideraciones conflictivas una con otras, y un comité *ad hoc* debe tener mucho cuidado en no discernir que hay una contradicción cuando lo que en efecto se expresa en los fundamentos de un Tribunal, según podría decirse con mayor exactitud, no es sino el reflejo de tales consideraciones conflictivas” (conforme a la transcripción de la Comisión *ad hoc*).

En la segunda parte de la Decisión (Sección V) la Comisión *ad hoc* aplicó los citados motivos de anulación invocados por Chile sobre 11 puntos del Laudo: 1) Nacionalidad de los inversores (V.A.); 2) Inversión de los inversores (V.B.); 3) Denegación de justicia (V.C.); 4) Discriminación (V.D.); 5) La Decisión sobre medidas cautelares del Tribunal (V.E.); 6) Daños (V.F.); 7) La audiencia de mayo de 2003 (V.G.); 8) La audiencia de enero de 2007 (V.H.); 9) Solicitudes de documentos (V.I.); 10) Parcialidad del árbitro Prof. Dr. M. Bedjaoui (V.J.); y 11) La decisión *ex aequo et bono* del Tribunal (V.K.). Por razones de espacio e interés, en este resumen vamos a detenernos exclusivamente en el único punto del Laudo anulado por la Comisión *ad hoc* y en las razones que dio para hacerlo, dada su extraordinaria importancia para futuras decisiones de Tribunales arbitrales en el marco del CIADI.

Por otro lado, debemos señalar que en la tercera parte de la Decisión (Sección V.L.), la Comisión *ad hoc* ventiló una solicitud de anulación presentada adicionalmente por las demandantes sobre otro de los apartados de la parte dispositiva del Laudo. La Comisión *ad hoc* la rechazó en su integridad de manera tajante pues había sido presentada por las demandantes en su escrito de contestación a la demanda de anulación el 15-10-2010, cuando el Artículo 52.2 del Convenio CIADI establece que esa solicitud debe ser

presentada dentro de los 120 días siguientes a la fecha del Laudo (esto es, a más tardar, el 5-9-2008).

Como hemos anticipado, la Comisión *ad hoc* anuló la parte del Laudo en la que el Tribunal consideró que las demandantes tenían derecho a recibir una indemnización tras determinar que se había producido una violación del estándar del tratamiento justo y equitativo (Sección V.F.). Esta cuestión fue analizada por la Comisión *ad hoc* desde la perspectiva de dos de los motivos de anulación recogidos en el Artículo 52.1 del Convenio y alegados en concreto por Chile en este sentido.

Desde el punto de vista del quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (Artículo 52.1.d), la Comisión *ad hoc* llevó a cabo su análisis bajo dos de las reglas fundamentales de procedimiento identificadas en el párrafo 73 de la Decisión: si se había respetado el derecho de Chile a ser oído y si se había tenido en cuenta la carga de la prueba. En la medida en que el Laudo fue anulado parcialmente por haberse infringido el derecho de audiencia la Comisión *ad hoc* estimó ya innecesario entrar a valorar la segunda cuestión.

La preocupación manifestada por Chile exigía evaluar si las demandantes habían presentado o no su reclamación de daños ante el Tribunal antes de la emisión del Laudo y si la introducción de un cálculo de daños *motu proprio* por el Tribunal en el Laudo, sin haber dado a Chile la oportunidad de contestarlo, era consistente con el Artículo 52.1.d). Aquí hay que remitirse a los párrafos 689 a 694 del Laudo de 8-5-2008 (copiados deliberadamente por la Comisión *ad hoc* en el párrafo 60 de su Decisión), en los que se recoge el análisis de daños realizado por el Tribunal. Conviene traer a colación varios de ellos:

“689. En el ejercicio de su derecho y poder de apreciación de la prueba, el Tribunal de arbitraje se ve obligado a constatar que las Demandantes no aportaron ninguna prueba, o al menos ninguna convincente, ni documental, ni testimonial, ni pericial, de los importantes daños alegados y causados por los hechos comprendidos en el ámbito de la competencia ratione temporis del Tribunal de arbitraje, tanto en lo que respecta al damnum emergens, como al lucrum cessans o al daño moral, siendo la mera apariencia de un daño evidentemente insuficiente en las circunstancias concretas de este caso” (conforme a la transcripción de la Comisión ad hoc).

(...)

691. Sea como fuere, también está claro, y la experiencia arbitral así lo demuestra, que todo recurso a un informe pericial tiende a aumentar, a veces considerablemente, la duración y los costos de un arbitraje. En cualquier caso, el Tribunal de arbitraje es consciente de su deber de poner fin, tan pronto como el estado del expediente lo permita, a un procedimiento que ha superado la duración media y que, como se ha visto, se prolongó por diversas razones, entre ellas, la complejidad poco habitual de las cuestiones en controversia y la propia actitud de las partes.

692. Aunque las Demandantes no hayan aportado pruebas convincentes y se excluya la posibilidad de poder recurrir a uno o varios informes periciales, el Tribunal de arbitraje puede proceder a una evaluación del daño con la ayuda de elementos objetivos, ya que, según los datos incuestionables del expediente, fueron las propias autoridades chilenas

quienes, tras la adopción de la Decisión N° 43, fijaron el importe de la reparación debida a las personas que, según ellas, tenían derecho a una indemnización” (conforme a la transcripción de la Comisión ad hoc).

Durante el arbitraje las demandantes habían fundado su reclamación de daños en base a sus alegaciones sobre la existencia de una expropiación de sus inversiones en Chile. Sin embargo, el Tribunal había determinado que los hechos no eran constitutivos de una expropiación sino de una violación del estándar de tratamiento justo y equitativo. Con todo, el Tribunal estimó que la cuantía de los daños era equivalente a la cantidad que las autoridades chilenas pagaron a terceras personas por la expropiación acaecida en Chile:

“693. Cabe recordar en este contexto que el perjuicio cuya indemnización se solicita no es el sufrido como consecuencia de la expropiación (demanda no cobijada por las disposiciones sustantivas del APPI), sino el sufrido debido a las violaciones del APPI que fueron constatadas por el Tribunal de arbitraje y propósito de las cuales es competente para dictar una resolución. Principalmente, la indemnización debe servir para colocar a las Demandantes en la situación en que habrían estado si las violaciones en cuestión no hubiesen tenido lugar, es decir, si las autoridades chilenas hubiesen indemnizado a las Demandantes en vez de a terceras personas no propietarias de los bienes en cuestión al amparo de la Decisión N° 43. En este supuesto, las autoridades chilenas hubiesen tenido que conceder el importe de indemnización que concedieron en virtud de la Decisión N° 43 a las Demandantes del presente litigio, ya que éstas son, como pudo constatar el Tribunal, las verdaderas propietarias de las acciones de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. Por consiguiente, el importe correspondiente al perjuicio sufrido por las Demandantes es el pagado como indemnización en virtud de la Decisión N° 43.

694. La indemnización otorgada al amparo de la Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000 fue concedida por el Ministerio de Bienes Nacionales en virtud de los decretos de indemnización N° 76-79 de 11 de abril de 2002. Se trata de un monto global de indemnización de US\$10 millones, aunque el importe exacto sea objeto de controversia entre las partes” (conforme a la transcripción de la Comisión ad hoc).

En vista de estas afirmaciones del Tribunal, Chile manifestó que nunca había tenido la oportunidad de ser oída durante el procedimiento arbitral en cuanto al cálculo de los daños, que apareció por primera vez, según ella, en el mismo Laudo. Además, insistió en que las demandantes nunca alegaron una violación del Artículo 4 del APPRI ni presentaron un análisis o cálculo separado de daños derivado de sus reclamaciones sobre denegación de justicia y discriminación. Para las demandantes, en cambio, la introducción del controvertido cálculo de los daños por el Tribunal estaba justificada pues:

“256. (...) “el quantum de los daños reparables a título de denegación de la justicia y tratamiento discriminatorio era el mismo que el resultante de la confiscación, puesto que las violaciones cometidas por Chile han tenido como consecuencia privar a las Demandantes de obtener reparación por las confiscaciones sufridas [...]”” (cita de su escrito de contestación por la Comisión ad hoc).

La Comisión *ad hoc* comenzó su análisis subrayando cuatro ideas plasmadas concretamente por el Tribunal en el Laudo: 1) Los argumentos de las demandantes sobre daños se limitaron a su reclamación sobre expropiación (párrafo 686 del Laudo); 2) El cálculo de daños basado en la expropiación no era relevante para las violaciones

del Acuerdo en materia de denegación de justicia y discriminación en las que se basa el Laudo (párrafo 688 del Laudo); 3) Las demandantes no presentaron pruebas convincentes de los daños en cuanto a la denegación de justicia o a la discriminación sufridas (párrafo 689 del Laudo); y 4) El Tribunal podría evaluar los daños con base en elementos objetivos, pues las autoridades chilenas habían fijado el montante de la indemnización debida a personas legitimadas para ser indemnizadas bajo la llamada Decisión n° 43 (párrafo 692 del Laudo).

Para la Comisión *ad hoc* no había dudas de que, incluso si el Tribunal tuviera ese poder de evaluación, debería haber permitido a las partes presentar sus argumentos y replicar los de la contraparte:

“262. El Comité cree que aunque, arguyendo, el Tribunal hubiera tenido dicha facultad, debería haber permitido que cada parte ejerciera su derecho a presentar argumentos y responder a los argumentos de la otra parte. Luego de revisar toda el acta, incluso las alegaciones de las partes, el Comité solo puede concluir que las partes nunca interpusieron las demandas por daños resultantes de las violaciones del artículo 4 del APPI. Las Demandantes mencionaron brevemente los daños relacionados con la máquina Goss y la Decisión N.º 43, pero solo en el contexto de la demanda por expropiación. Es importante destacar que la reparación solicitada por las Demandantes está limitada a los daños causados por la expropiación”.

La Comisión *ad hoc* encontró asimismo varias irregularidades en el proceder del Tribunal que analizó con detalle:

“263. La única vez que se mencionó la cuestión de daños por incumplimiento del artículo 4 del APPI fue en la audiencia de enero de 2007, cuando el Presidente del Tribunal preguntó a las partes si las lesiones o los daños resultantes de la presunta violación de la disposición sobre tratamiento justo y equitativo eran iguales o diferentes a las resultantes de la demanda por expropiación. Sin embargo, como se puede observar en el acta, la audiencia de enero de 2007 se celebró para tratar el tema de la competencia. El Comité considera que es evidente que la Demandada (y las Demandantes) no tuvieron tiempo suficiente en la audiencia para responder a la pregunta del Presidente. El Comité concuerda con Chile que una parte no puede responder a semejante pregunta y presentar sus argumentos acerca de las consecuencias de una violación potencial de las disposiciones sustantivas de un Tratado Bilateral de Inversión “en un minuto” (notas omitidas).

264. Las partes no tuvieron la oportunidad necesaria para presentar escritos posteriores a la audiencia de enero de 2007 dado que el Tribunal dejó en claro en su decisión del 13 de septiembre de 2006 y en la Resolución Procesal N.º 13 del 24 de octubre de 2006 que quedaba excluida la reapertura del procedimiento escrito.

265. El Comité señala que, luego de la audiencia de enero de 2007, el Tribunal solicitó a las partes información con respecto a la Decisión N.º 43. Sin embargo, el Comité considera que ninguna de estas solicitudes tuvo relación alguna con el principio de indemnización por la violación del estándar de trato justo y equitativo.

266. Según el Comité, estas comunicaciones posteriores a la audiencia no constituyen una oportunidad justa para discutir la reparación por la violación del artículo 4 del APPI. A pesar de que el Tribunal utilizó elementos objetivos para la evaluación del daño (los datos

proporcionados y discutidos por las partes), no mencionó en ningún momento los argumentos invocados por cualquiera de las partes (notas omitidas).

267. El Comité señala que el Tribunal consideró la posibilidad de designar un perito independiente para que presentase una evaluación de los daños, pero la descartó por el posible aumento de la duración y los costos adicionales que dicho proceso podría causar. No obstante, según el Comité, el Tribunal no podía haber considerado las pruebas y llegado a una conclusión sin haberle otorgado a ambas partes la oportunidad necesaria para realizar presentaciones acerca del estándar de indemnización aplicable y la evaluación de daños por la violación del artículo 4 del APPI. El Comité concuerda con el comité ad hoc en Klöckner I cuando establece que la reapertura del procedimiento antes de llegar a una decisión y la autorización otorgada a las partes para presentar sus opiniones sobre la nueva tesis de los árbitros no solo era una cuestión de conveniencia, sino también un requisito, porque el Tribunal se estaba excediendo del marco legal establecido por las partes (notas omitidas).

268. Finalmente, el Comité está convencido de que Chile nunca renunció a su derecho a ser oído respecto a los daños. El Comité recuerda que el Tribunal había establecido expresamente antes de la audiencia de enero de 2007 que quedaba excluida la reapertura del procedimiento escrito. Bajo estas circunstancias, no se puede considerar que Chile renunció a su derecho a objetar la falta de cumplimiento del Tribunal del “principio de contradicción”, cuando el Tribunal le impidió presentar alegaciones adicionales. Asimismo, una parte solo puede renunciar al derecho a objetar si tiene conocimiento real o constructivo de una violación de las reglas. Como explicó el Profesor Schreuer, algunas violaciones de los principios de procedimiento pueden salir a la luz solamente después de que el fallo está disponible. Sobre la base de la única pregunta planteada a las partes en la audiencia de enero de 2007 y las solicitudes del Tribunal de julio y octubre de 2007, Chile no pudo obtener conocimiento de que el Tribunal iba a utilizar la Decisión N.º 43 para evaluar los daños resultantes del incumplimiento del principio de tratamiento justo y equitativo hasta que se publicó el Laudo (notas omitidas).

Valorada en su conjunto, la Comisión *ad hoc* determinó que esta parte del Laudo contravenía lo dispuesto en el Artículo 52.1.d) del Convenio y la anuló:

“269. El Comité considera que este quebrantamiento del derecho a ser oído es grave puesto que a Chile se le negó la oportunidad de ser oído sobre una cuestión substancial y determinativa del resultado. Chile fue privado de su derecho a producir argumentos sobre el estándar aplicable a la evaluación de los daños por el incumplimiento de Chile de la disposición sobre el tratamiento justo y equitativo del APPI. A la vista de las conclusiones del Tribunal, que se encuentran en la parte dispositiva, es evidente que esta cuestión era un componente crítico del Laudo y que perjudicó a Chile de manera substancial. Por lo tanto, el Comité concluye que no tiene discreción para no anular el párrafo 4 de la parte dispositiva del Laudo. Además, si a Chile se le hubiera concedido la oportunidad de ser escuchado en cuanto a la metodología y los cálculos utilizados por el Tribunal para la evaluación de daños, el Laudo podría haber sido substancialmente diferente. Aunque, como el Comité concluyó anteriormente, no se requiere que el solicitante pruebe que si la norma se hubiera respetado el Tribunal habría llegado a una conclusión diferente, el Comité concuerda con Chile que el Tribunal excedió el principio que había establecido, es decir, poner a las Demandantes en la situación en la que hubieran estado si no se hubiera violado el APPI, porque, de hecho, los puso en una mejor posición, “concediéndoles más de \$10 millones de US dólares en lugar de 2 millones que era lo que pedían en Chile”. No hace falta analizar el estándar aplicable o el cálculo de los daños para afirmar que no existe duda alguna de que Chile ha demostrado el impacto que este incumplimiento podría haber tenido sobre el Laudo” (notas omitidas).

En cuanto a la solicitud de anulación de esta parte del Laudo bajo el Artículo 52.1.e), Chile alegó que el Tribunal no había expresado los motivos sobre la metodología y el cálculo utilizados para valorar los daños en particular para las violaciones encontradas del Artículo 4.1 del APPRI y su determinación acerca de que era apropiado usar el valor de expropiación del diario *El Clarín*, tal y como se cuantificó en la citada Decisión n° 43, a pesar de haber concluido que los actos expropiatorios relacionados con el diario estaban fuera de la competencia *ratione temporis* del Tribunal. En un breve análisis el Tribunal recordó que la jurisprudencia ha reconocido que la falta de motivación de un laudo puede venir dada por la existencia de razonamientos contradictorios. De ese modo la Comisión *ad hoc* concordó con Chile en que la adopción por el Tribunal del valor de expropiación bajo la Decisión n° 43 era contradictoria con su determinación de que esta base de cálculo estaba fuera del ámbito de aplicación temporal del Acuerdo:

“283. En el párrafo 688 del Laudo, el Tribunal estableció expresamente que la evaluación del daño supuestamente sufrido por las Demandantes debido a la expropiación carecía de pertinencia y que el Tribunal no podía admitir todas las alegaciones, discusiones y pruebas relativas a dicho daño (“ne peuvent pas être retenues”) porque la expropiación de 1975 se había cometido antes de la entrada en vigor del APPI y se encontraban fuera del ámbito temporal del APPI.

(...)

284. Sin embargo, el Tribunal procedió a evaluar el daño de las Demandantes según los datos que había brindado el Ministro de Bienes Nacionales de Chile en virtud de la Decisión N.º 43 con el fin de fijar el importe de la reparación debida a las personas que consideró propietarias de El Clarín por la expropiación del periódico.

(...)

285. El cálculo de daños sobre la base de la expropiación efectuado por el Tribunal es manifiestamente inconsistente con su decisión articulada unos párrafos antes acerca de que dicho cálculo de daños sobre la base de la expropiación carecía de pertinencia y que no se podían admitir las alegaciones y pruebas relativas a dicho cálculo.

286. Si bien el Comité reconoce que los Tribunales de arbitraje generalmente cuentan con cierta medida de discreción para fijar el monto de los daños y perjuicios, en el presente caso, la cuestión no es per se la determinación del Tribunal del quantum de los daños. Tampoco se encuentra el problema per se en la metodología adoptada por el Tribunal para calcular los daños sufridos por las Demandantes. La cuestión radica precisamente en el razonamiento adoptado por el Tribunal para determinar la metodología adecuada para calcular los daños, que como se demostró anteriormente, es completamente contradictorio” (notas omitidas).

Como consecuencia de lo anterior, la Comisión *ad hoc* concluyó que esta parte del Laudo también contraviene lo dispuesto por el Artículo 52.1.e) del Convenio y volvió a declararla nula. Finalmente, debemos señalar que, conforme al Artículo 52.6 del Convenio, si un laudo es anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal. Veremos si se inicia un nuevo procedimiento arbitral para el cálculo de los daños tomando como base la determinación no anulada de una violación del Artículo 4.1 del Acuerdo entre Chile y España.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

En las consideraciones finales se efectúan, en primer lugar, algunas reflexiones en torno al impacto en el arbitraje de inversión de los distintos procesos de nacionalización emprendidos por Argentina y Bolivia contra inversores españoles. En segundo lugar, en un plano distinto, se comentan las medidas adoptadas por los Estados Unidos de América contra Argentina, a resultas de la negativa de este último Estado a ejecutar sendos laudos arbitrales que disponen indemnizaciones económicas a favor de inversores norteamericanos.

1. La protección de las inversiones españolas en Latinoamérica durante el año 2012¹¹

Desde la perspectiva de la práctica española en materia de protección de las inversiones extranjeras, durante el año 2012 los inversores españoles han registrado un total de seis arbitrajes de inversión ante el CIADI o su mecanismo complementario [*Supervision y Control S.A. c. Costa Rica* (Caso CIADI n° ARB/12/4); *Elecnor S.A. e Isolux Corsán Concesiones S.A. c. Perú* (Caso CIADI n° ARB/12/5); *Grupo Francisco Hernando Contreras c. Guinea Ecuatorial* (Caso CIADI n° ARB(AF)/12/2); *Telefónica S.A. c. México* (Caso CIADI n° ARB(AF)/12/4); *Valle Verde Sociedad Financiera S.L. c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/12/18); y *Repsol, S.A. y Repsol Butano, S.A. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/12/38)]. Se trata, en su mayor parte, de arbitrajes que tienen como parte demandada a un Estado latinoamericano.

Además, importa señalar que el Reino de España ha sido demandado ante el CIADI por unos inversores venezolanos, a propósito de las medidas adoptadas por el municipio madrileño de Las Rozas respecto de un proyecto de urbanización [*Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. y IGB18 Las Rozas, S.L. c. España* (Caso CIADI n° ARB/12/17)], siendo éste el tercer arbitraje que se inicia contra España, después del instituido el año 2011 por varios fondos de inversión en energías renovables (*AES Solar, Ampere Equity Fund, HgCapital, Element Power, Impax Asset Management, KGAL GmbH & Co KG, NIBC European Infrastructure Fund, Whiteowl Capital, Eoxis, MPC Capital y MEIF Luxembourg Renewables c. España*) y, por supuesto, del caso *Maffezini* [*Emilio Agustín Maffezini c. España* (Caso CIADI n° ARB/97/7)].

Sin embargo, las cuestiones más destacadas para la práctica española, y sin duda con más repercusión mediática, tienen que ver con los procesos de expropiación emprendidos por Argentina y Bolivia contra varias empresas pertenecientes a inversores españoles (*Repsol* en el primer caso y *Red Eléctrica Española, Iberdrola, Abertis y Aena* en el segundo). En los siguientes párrafos se realizan varias consideraciones acerca del régimen jurídico aplicable a tales situaciones.

¹¹ Apartado elaborado por el Prof. Dr. Francisco José Pascual Vives.

Por lo que se refiere a la expropiación de *Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF)* por parte de Argentina, la empresa española *Repsol* ha emprendido acciones legales en defensa de sus derechos legítimos en cuatro niveles. En primer lugar, ha iniciado acciones judiciales en Argentina, donde ha interpuesto una demanda de inconstitucionalidad e impugnado las asambleas de accionistas celebradas por *YPF* desde el momento de la expropiación. En segundo lugar, *Repsol* y otros accionistas extranjeros de *YPF* han entablado un procedimiento judicial en Nueva York solicitando que, tras consumarse la expropiación del 51% de las acciones de *Repsol*, el Gobierno argentino lance una oferta pública de adquisición de la empresa por el total de las acciones. En tercer lugar, *Repsol* también inició en el mes de julio de 2012 acciones judiciales ante los tribunales españoles (Juzgado nº 1 de lo Mercantil de Madrid), solicitando al juez que declarase que *YPF* está infringiendo la normativa sobre competencia desleal al ofrecer a terceros competidores (entre otros la petrolera norteamericana *Chevron*) derechos de explotación sobre las reservas de hidrocarburos no convencionales descubiertas por *Repsol* antes de la expropiación. Por último, en cuarto lugar, el 18-12-2012 se registró una demanda contra Argentina ante el CIADI. En el momento de cerrar estas líneas, el Tribunal arbitral todavía no se ha constituido. La parte demandante ha designado como árbitro al chileno F. Orrego Vicuña, mientras que la demandada a la francesa B. Stern.

Al mismo tiempo que se desarrollan los citados procedimientos judiciales, *Repsol* y Argentina mantienen negociaciones tendentes a alcanzar una transacción que resuelva esta controversia. Sin perjuicio del éxito que puedan tener las mismas, Argentina sigue manteniendo serios problemas de abastecimiento energético todavía casi un año después de la expropiación, interesa señalar algunas cuestiones jurídicas que, al calor de la práctica arbitral más reciente, podrían influir en el desarrollo del arbitraje iniciado por *Repsol* ante el CIADI.

En concreto, cabe señalar que este arbitraje se registró ante el CIADI transcurridos los seis meses preceptivos de negociaciones amistosas que establece el Artículo X.2 del APPRI celebrado entre España y Argentina (de 3-10-1991). Esta opción supone, por parte de *Repsol*, abogar por una interpretación flexible del Artículo X.3.a) del APPRI, que dispone que el inversor español debe someter la controversia ante la jurisdicción argentina antes de iniciar un arbitraje internacional.

Para sostener legalmente esta interpretación la empresa española, en primer lugar, podría alegar la aplicación de la “doctrina Maffezini”, esto es, que la cláusula prevista en el Artículo X.3.a) del APPRI no resulta aplicable en el presente caso puesto que, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida (Artículo IV.2 del APPRI), los inversores españoles podrían invocar un tratamiento procesal más favorable que el reconocido en el APPRI, siempre que Argentina hubiera otorgado este tratamiento a los inversores de terceros Estados en otros acuerdos de esta misma naturaleza.

Pero, en segundo lugar, *Repsol* podría servirse de sendas decisiones sobre jurisdicción dictadas durante el año 2012 en el contexto de otros dos litigios emprendidos por inversores españoles contra Argentina [*Urbaser S.A.* y *Consortio de Aguas Bilbao*

Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina (Caso CIADI n° ARB/07/26); y *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/09/1)]. Ambas decisiones representan dos importantes precedentes en la materia que, en tanto que interpretan el APPRI hispano-argentino, pueden tener una influencia decisiva en la decisión sobre jurisdicción que tome el Tribunal encargado de resolver la demanda interpuesta por *Repsol*.

En *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/26, Decisión de 19-12-2012), el Tribunal arbitral realizó una interpretación basada en el efecto útil del APPRI para concluir que Argentina no había establecido un marco jurídico y procesal adecuado en su ordenamiento interno para recibir reclamaciones presentadas sobre la base del Artículo X.2 del APPRI. En estas condiciones, el Tribunal consideró que la exigencia de someter a los Tribunales internos la controversia durante 18 meses era “useless and unfair to the investor. Claimants were not required to engage in such a ‘proceeding’ pursuant to the provisions of Article X (2) and (3) of the BIT” (párrafos 201-202), no resultando necesario para el Tribunal ni siquiera analizar la aplicación de la “doctrina Maffezini”. Esta decisión sobre jurisdicción, por tanto, avala cambios en la argumentación sobre la necesidad de cumplir el requisito de los 18 meses de litigación interna en los tribunales argentinos. En la próxima edición de esta “Crónica” se comentará con detalle esta decisión.

En *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/09/1), como se ha mencionado en el apartado II de esta “Crónica”, la parte demandada planteó la misma excepción de jurisdicción basada en el Artículo X.3 del APPRI hispano-argentino. En este caso el Tribunal constató que existía un procedimiento interno ante los Tribunales, iniciado por el propio Gobierno argentino contra una empresa de dicha nacionalidad propiedad de la parte demandante en el arbitraje de inversión. Para el Tribunal este procedimiento satisfizo los requisitos planteados por el Artículo X.3 del APPRI (párrafos 134-135). Además, con relación a la aplicación de la “doctrina Maffezini” el órgano arbitral consideró que “La fórmula ‘todas las materias’ utilizada en la cláusula de NMF del Artículo IV(2) es concluyentemente inclusiva. Asimismo, al aplicar las cláusulas de resolución de controversias establecidas en el Artículo 13 del TBI Australia-Argentina no se modifica el alcance, el foro ni las normas aplicables al presente arbitraje. Las Demandantes han satisfecho los requisitos del Artículo 13 del TBI Australia-Argentina, que dispone que toda controversia ‘será resuelta, en la medida de lo posible, en forma amistosa’, y que permite al inversor someter la controversia a arbitraje internacional cuando no pudiera ser resuelta por esa vía” (párrafo 186).

Por cuanto respecta a las expropiaciones emprendidas por Bolivia, interesa señalar que en el mes de julio de 2012 produjo efectos la denuncia del APPRI celebrado entre España y Bolivia (*BOE*, 15-10-2002), efectuada por Bolivia el 4-1-2012. Esta denuncia es consecuencia tanto de la retirada de Bolivia del Convenio CIADI, con efectos desde el 3-11-2007 como de las modificaciones realizadas en sede constitucional, a nivel

interno, con el propósito de introducir trabas legales al arbitraje internacional de inversión y circunscribir la resolución de estas controversias a la jurisdicción nacional¹².

El Artículo 13.2 del APPRI celebrado entre España y Bolivia, no obstante, señala que respecto a “las inversiones realizadas con anterioridad a la fecha de denuncia del presente Acuerdo, las disposiciones contenidas en los restantes artículos de este Acuerdo seguirán estando en vigor por un período adicional de diez años a partir de la fecha de denuncia”. Ello significa que los inversores españoles que han sufrido expropiaciones durante el año 2012 (*Red Eléctrica Española* e *Iberdrola*) pueden todavía invocar las obligaciones de protección establecidas por este acuerdo, si bien como consecuencia de la retirada de Bolivia del Convenio CIADI deberán seleccionar un mecanismo alternativo para la solución de la controversia.

En este sentido, el Artículo 11.2 del APPRI dispone como alternativas el establecimiento de un Tribunal *ad hoc* conforme a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o, “en caso de que una de las Partes Contratantes no fuera Estado Contratante del citado Convenio, la controversia se podrá resolver conforme al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría del CIADI”.

En situación distinta se encuentran *Abertis* y *Aena*, cuya filial de servicios aeroportuarios (*Sabsa*) fue expropiada en febrero del año 2013. En este caso, al entender que el Gobierno boliviano había incumplido algunas obligaciones previstas en el APPRI durante el año 2010, la empresa española inició un arbitraje de inversión ante la CPA en La Haya conforme a las reglas de la CNUDMI; un procedimiento donde también podría ahora sustanciar las consecuencias jurídicas resultantes de esta expropiación.

Así las cosas, durante el año 2012 se han generado importantes precedentes arbitrales que, sin duda, serán invocados con ocasión de las nuevas controversias inversor-Estado surgidas en el contexto de la protección de las inversiones españolas en Latinoamérica.

2. Los Estados Unidos de América suspenden los beneficios arancelarios concedidos a los productos de Argentina ante su negativa a cumplir laudos CIADI favorables a inversores estadounidenses¹³

El 26-3-2012 el Presidente de los Estados Unidos de América, Barack H. Obama, ordenó la suspensión de Argentina en el Sistema Generalizado de Preferencias que los Estados Unidos de América conceden desde 1976 a unos 4.900 productos procedentes de todo el mundo, especialmente de Estados en vías de desarrollo. La medida entró en

¹² PASCUAL VIVES, F.J. “Consent to ICSID Arbitration: Recent Conventional and Arbitral Practice”, en *Transnational Dispute Management*, n° 2 (2011), pp. 1-44, pp. 17 y ss.

¹³ Apartado elaborado por el Dr. José Ángel Rueda García.

vigor el 29-5-2012 (60 días después de su publicación en el *Federal Register*, boletín oficial del Gobierno de los Estados Unidos de América)¹⁴.

Esta medida de retorsión económica implica que los productos argentinos no puedan beneficiarse del acceso al mercado estadounidense sin aranceles, perdiendo por tanto un elemento de competitividad frente a los de terceros Estados. En 2011 los Estados Unidos de América importaron productos argentinos por valor de unos 477 millones de dólares.

La explicación de esta medida de retorsión económica estriba en la reiterada negativa de Argentina de satisfacer voluntariamente a (al menos) dos inversores estadounidenses las indemnizaciones que fue condenada a pagarles en dos procedimientos arbitrales administrados por el CIADI.

Estos y otros procedimientos fueron instados por empresas extranjeras tras ver afectadas sus inversiones en el país austral como consecuencia de la adopción por los sucesivos Gobiernos argentinos de una serie de medidas de emergencia económica a finales de 2001 y principios de 2002. En los casos que nos ocupan Argentina fue condenada por haber infringido disposiciones sobre protección de inversiones recogidas en el Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección recíproca de inversiones (firmado el 14-11-1991).

En primer lugar, en el caso *CMS Gas Transmission Company c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/01/8) un Tribunal arbitral emitió un laudo de 12-5-2005 en el que declaró que Argentina había incumplido sus obligaciones bajo el Tratado de brindar un trato justo y equitativo a las inversiones (Artículo II.2.a) y de cumplir los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones (Artículo II.2.c).

En segundo lugar, en el caso *Azurix Corp. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/01/12) otro Tribunal arbitral emitió un laudo el 14-7-2006 en el que declaró que Argentina había infringido sus obligaciones de brindar un trato justo y equitativo a las inversiones (Artículo II.2.a), de otorgar a la inversión del inversor la entera protección y seguridad que le cabían según el Tratado (Artículo II.2.a) y por haber adoptado medidas arbitrarias que menoscabaron el uso y goce de la inversión por parte del inversor (Artículo II.2.b).

Sendas Comisiones *ad hoc* rechazaron las solicitudes de anulación presentadas por Argentina bajo el Artículo 52 del Convenio CIADI contra los citados laudos: en el caso *CMS*, mediante Decisión de 25-9-2007; y en el asunto *Azurix*, mediante Decisión de 1-9-2009. De este modo, quedaron eliminados todos los obstáculos en el ámbito CIADI para que los inversores pudieran obtener las reparaciones ordenadas por los Tribunales arbitrales en forma de indemnizaciones: en el caso *CMS*, 133,2 millones de dólares

¹⁴ La proclamación presidencial está disponible en <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2012/03/26/presidential-proclamation-modify-duty-free-treatment-under-generalized-s>; mientras que la publicación en el *Federal Register* está disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2012-03-29/pdf/X12-10329.pdf>.

estadounidenses más intereses calculados según la rentabilidad de los bonos del Tesoro estadounidenses desde distintas fechas y tanto simples como compuestos; y en el caso *Azurix*, 165.240.753 dólares estadounidenses más intereses compuestos semi- anuales desde distintas fechas conforme a la tasa de interés promedio aplicable a los certificados de depósitos a seis meses en dólares estadounidenses.

A pesar de lo anterior, los laudos no han sido pagados hasta la fecha por Argentina.

Ello se debe a que el Gobierno argentino ha mantenido tradicionalmente una tesis por la cual para poder desembolsar esas cantidades, previa provisión en el presupuesto nacional, los inversores deben iniciar procedimientos de ejecución de los laudos CIADI ante los Tribunales estatales argentinos. Esto es lo que se ha venido denominando como la “doctrina Rosatti”, una vía propia de interpretación de lo dispuesto por el Artículo 54 del Convenio CIADI:

“1. Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un Tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus Tribunales federales y podrá disponer que dichos Tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los Tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.

2. La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los Tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales Tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General.

3. El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda”.

Para Argentina, por tanto, el inversor ha de instar la ejecución del laudo presentando una solicitud ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que es el Tribunal designado por Argentina conforme a los Artículos 54.2 y 69 del Convenio (Documento ICSID/8-E).

No obstante, la tesis argentina no es compartida por ningún otro Estado Contratante del Convenio CIADI, en especial los Estados Unidos de América, e incluso fue desestimada tangencialmente en el transcurso de las solicitudes de anulación de los laudos en los casos *Enron Corporation y Ponderosa Assets c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/01/3, Decisión sobre la suspensión de la ejecución del laudo de 7-10-2008); y *Sempra Energy International c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/02/16, Decisión sobre suspensión de la ejecución del laudo de 5-3-2009).

A nuestro entender, efectivamente no es una interpretación correcta del artículo controvertido.

En primer lugar, en un arbitraje CIADI bajo el APPRI celebrado entre Argentina y los Estados Unidos de América hay dos disposiciones legales en las que se declara expresamente que los laudos arbitrales dictados son obligatorios. Por un lado, el Artículo 7.6 del APPRI en sede de la cláusula de solución de controversias entre un inversor y un Estado parte:

“Todo laudo arbitral emitido de acuerdo con este Artículo será definitivo y obligatorio para las partes de la controversia. Cada Parte se compromete a llevar a cabo sin demora las disposiciones de cualquiera de tales laudos y a encargarse de su observancia en su territorio”.

Y, por otro lado, el Artículo 53.1 del Convenio CIADI:

“El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio”.

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, la práctica muestra hasta la fecha que por regla general la parte perdedora de un procedimiento arbitral CIADI (sea un Estado condenado a indemnizar al inversor, sea un inversor condenado a abonar las costas del procedimiento) cumple voluntariamente el laudo arbitral después de su emisión o, en su caso, después de la emisión de la decisión sobre una eventual solicitud de anulación del laudo. Esa parte cumple porque el laudo es obligatorio, tal y como lo definen el tratado base y el reglamento de procedimiento arbitral. Estamos, por tanto, ante una situación de ejecución *voluntaria* del laudo.

Sin ir muy lejos, en el celeberrimo caso *Emilio Agustín Maffezini c. España* (Caso CIADI nº ARB/97/7), el laudo condenatorio contra el Estado, notificado a las partes el 9-11-2000, llegó a manos del Consejo de Administración de *XesGalicia*, sociedad gestora de *SODIGA S.A.*, sociedad de capital-riesgo gallega de desarrollo cuyas acciones propiciaron el arbitraje. El 6-4-2001 *SODIGA* realizó una transferencia bancaria por valor de 57.641.265 pesetas a favor del inversor argentino¹⁵, contabilizada presupuestariamente como gasto extraordinario con cargo al ejercicio de 2000, tanto por la cantidad principal como los intereses adeudados según el laudo. No consta que el inversor argentino instase la ejecución del laudo ante los Tribunales españoles.

Lo que recoge el Artículo 54 es un mecanismo privilegiado de ejecución *forzosa* del laudo arbitral que se ejercita en caso de falta de ejecución *voluntaria*. En este sentido tiene una serie de peculiaridades jurídicas que conviene resaltar:

¹⁵ Así se desprende del Informe de Fiscalización de 2001 de *XesGalicia*, *SXECR S.A.* y *SODIGA Galicia, SCR, S.A.*, efectuado por el Consejo de Cuentas de Galicia, y publicado en www.ccontasgalicia.es/informes_2003/xesgalicia_g.pdf, pp. 46-47. El Consejo de Administración de *SODIGA* decidió asumir la deuda en su totalidad y descartó, previo dictamen letrado, la posibilidad de abrir una vía de regreso por responsabilidad contra el funcionario responsable.

En primer lugar, en el Artículo 54.1 el laudo CIADI es contemplado “como si se tratara de una sentencia firme dictada por un Tribunal existente en dicho Estado”. Esto implica que el laudo arbitral no necesita de un procedimiento previo de reconocimiento y ejecución para que pueda surtir efectos en el Estado Contratante ante el que se solicita la ejecución: el laudo CIADI no necesita un *execuátur*.

En este punto el laudo CIADI es distinto al laudo dictado al amparo de otros reglamentos arbitrales al uso en el arbitraje de inversiones como el de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o el de la CNUDMI. Para el reconocimiento y la ejecución de estos laudos resulta aplicable en 148 Estados la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (Convenio de Nueva York) (*BOE*, 11-7-1977; corr. de errores, *BOE*, 17-10-1986); un exitoso instrumento de DI privado que prevé unas causas tasadas para denegar el *execuátur* de los laudos bien a instancia de parte (Artículo V.1) bien de oficio (Artículo V.2).

El arbitraje CIADI no conoce el concepto de “sede del arbitraje” a los efectos de la anulación y la ejecución de los laudos emanados de sus Tribunales arbitrales¹⁶. En cambio, los laudos no CIADI sí están sometidos a ese concepto¹⁷. En definitiva, el laudo CIADI en punto a su ejecución en un Estado Contratante del Convenio CIADI es una resolución *internacional* mientras que el laudo no CIADI es una resolución *extranjera* a los efectos del Convenio de Nueva York.

En segundo lugar, en el Artículo 54.2 se indica a la parte interesada los documentos que necesita presentar para instar la ejecución (*forzosa*) del laudo; en este caso es sumamente sencillo: una copia del laudo con una certificación expedida por el Secretario General del CIADI. Desde una óptica de Derecho procesal, el *título ejecutivo* susceptible de ejecución forzosa es sin más el laudo certificado por el Secretario General del CIADI. En este punto el Convenio CIADI contiene menos requisitos que el Artículo IV del Convenio de Nueva York, que exige también la presentación del original o una copia del convenio arbitral y, lógicamente, para la fase previa a la ejecución forzosa del laudo cual es el reconocimiento del laudo en el Estado requerido.

Finalmente, el Artículo 54.3 no es otra cosa que un recordatorio de la regla *lex fori regit processum* por la cual el procedimiento de ejecución (*forzosa*) se regirá por la ley del Tribunal ante la que se inste. En este punto este artículo es paralelo al Artículo III del Convenio de Nueva York aunque en este caso se refiere también al procedimiento de reconocimiento del laudo.

¹⁶ Vid. más ampliamente RUEDA GARCÍA, J.Á., “La aplicabilidad del Convenio de Nueva York al arbitraje de inversiones: efectos de las reservas al Convenio”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. II, nº 1, Marzo 2010, pp. 203-232, esp. pp. 220-225.

¹⁷ VIRGÓS SORIANO, M., “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, en *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez, Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, nº extraordinario, 2006, pp. 21-33, esp. pp. 26-29.

Por otro lado, es necesario recordar que el mecanismo del Artículo 54 del Convenio CIADI se ha utilizado, que se tenga constancia, por inversores que, ante la imposibilidad de que el Estado demandado llevara a cabo la ejecución voluntaria del laudo, instaron su ejecución forzosa ante los tribunales de Estados Contratantes del Convenio distintos al Estado demandado. Así, por lo menos: *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Liberia* (Caso CIADI n° ARB/83/2), en los Estados Unidos de América en 1986; *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant c. Congo (República Popular)* (Caso CIADI n° ARB/77/2), en Francia en 1987; *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. Senegal* (Caso CIADI n° ARB/82/1), en Francia en 1988; *AIG Capital Partners, Inc. y CJSC Tema Real Estate Company Ltd. c. Kazajistán* (Caso CIADI n° ARB/01/6), en el Reino Unido en 2005; *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. Egipto* (Caso CIADI n° ARB/05/15), en los Estados Unidos de América en 2009; *CMS Gas Transmission Company c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/01/8), instado por su sucesora *Blue Ridge Investments, LLC* en los Estados Unidos de América en 2012; *Continental Casualty Company c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/03/9), en los Estados Unidos de América en 2012; o *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (Caso CIADI n° ARB/98/2), en España en 2013.

En cambio, los inversores afectados por los incumplimientos de Argentina hasta la fecha no han decidido iniciar el procedimiento de ejecución (*forzosa*) de los laudos en los tribunales argentinos. En diversos ámbitos forenses se especula con la razón por la que han decidido no hacerlo: bien por la necesidad de llevar a cabo un importante desembolso económico inicial como tasa judicial que se calcula como un porcentaje sobre el importe del laudo, bien para evitar el inicio de un debate jurídico en Argentina sobre la constitucionalidad del Convenio CIADI y de los acuerdos de protección de inversiones.

Por el momento lo que han hecho ha sido advertir de la situación al Gobierno del Estado del que son nacionales, los Estados Unidos de América. La iniciativa fue tomada por *Azurix* y *Blue Ridge*, que invocaron ante el *United States Trade Representative* la sección 301 de la *US Trade Act* en 2010¹⁸:

“(a) MANDATORY ACTION.—

(1) If the United States Trade Representative determines under section 304(a)(1) that—

(A) the rights of the United States under any trade agreement are being denied; or

(B) an act, policy, or practice of a foreign country—

(i) violates, or is inconsistent with, the provisions of, or otherwise denies benefits to the United States under, any trade agreement, or

(ii) is unjustifiable and burdens or restricts United States commerce;

the Trade Representative shall take action authorized in subsection (c), subject to the specific direction, if any, of the President regarding any such action, and shall take all other appropriate and feasible action within the power of the President that the President may direct the Trade Representative to take under this subsection, to enforce such rights or to obtain the elimination of such act, policy, or practice”.

Este tipo de medidas de retorsión no es en absoluto nuevo en el contexto del arbitraje de inversiones ni en la práctica estadounidense. Hay que recordar el caso de *Compañía de*

¹⁸ Disponible en <http://www.house.gov/legcoun/Comps/TRADE74.PDF>.

Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. Costa Rica (caso CIADI n° ARB/96/1) en el que, en virtud de la llamada “Enmienda Helms”, los Estados Unidos de América bloquearon un crédito de 175 millones de dólares del Banco Interamericano de Desarrollo hasta que Costa Rica aceptara someter al arbitraje del CIADI una disputa relacionada con la expropiación de unas tierras propiedad de ciudadanos estadounidenses (Laudo de 17-2-2000, párrafos 24-25). Costa Rica se avino y mediante una carta aceptó la constitución de un Tribunal arbitral para dirimir la controversia.

A la fecha de cierre de estas líneas las medidas siguen vigentes sin que Argentina haya cedido a la presión. Está por ver si las medidas surten sus efectos e, incluso, si son copiadas por otros Estados o bloques comerciales en disputas relacionadas con la protección de inversiones exteriores también con Argentina: se piensa especialmente en la expropiación de la mayoría de las acciones de la petrolera *YPF* en manos de *Repsol* hasta el 16-4-2012 y en el enfrentamiento entre la petrolera *Chevron* y Ecuador sobre arbitrajes relacionados con decisiones judiciales dictadas en Ecuador.

Entretanto, tanto *Blue Ridge Investments, LLC* como *Continental Casualty* –beneficiaria de un laudo de 5-9-2008 por valor de 2.800.000 de dólares estadounidenses más intereses, no anulado mediante decisión de una Comisión *ad hoc* de 16-9-2011– han intentado la ejecución forzosa de los laudos ante los Tribunales estadounidenses con base en el Artículo 54.2 del Convenio CIADI (*Blue Ridge Investments* en la *U.S. District Court for the Southern District of New York*, decisión de 30-9-2012; y ahora *Continental Casualty* en la *U.S. District Court for the District of Columbia*, decisión de 11-9-2012).

Por último, en el caso de que fuera imposible conseguir el cumplimiento de los laudos, no es descartable que los Estados Unidos de América decidieran ejercitar una acción de protección diplomática contra Argentina a favor de sus nacionales. Tanto el APPRI celebrado entre Argentina y los Estados Unidos de América como el Convenio CIADI contienen cláusulas para el arreglo de controversias entre los Estados parte o Contratantes derivadas de la interpretación o aplicación del instrumento correspondiente. De un lado, el Artículo VIII.1 del APPRI:

“Cualquier controversia entre las Partes relativa a la interpretación o aplicación del presente Tratado que no se resuelva mediante consultas u otras vías diplomáticas, se presentará, a solicitud de cualquiera de las Partes, a un Tribunal de arbitraje para que llegue a una decisión vinculante conforme a las normas aplicables del derecho internacional. Salvo acuerdo en contrario entre las Partes, regirán las normas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), excepto en la medida en que dichas normas hayan sido modificadas por las Partes o por los árbitros”.

Y, de otro lado, el Artículo 64 del Convenio CIADI:

“Toda diferencia que surja entre Estados Contratantes sobre la interpretación o aplicación de este Convenio y que no se resuelva mediante negociación se remitirá, a instancia de una u otra parte en la diferencia, a la Corte Internacional de Justicia, salvo que dichos Estados acuerden acudir a otro modo de arreglo”.